Rok XI. MARZEC 1934. Nr. 3

GŁOS PRAWA

WYCHODZI RAZ NA MIESIĄC
redagowany przez Dra ANZELMA LUTWAKA, adwokata we Lwowie
przy współudziale przedstawicieli nauki i praktyki prawa.

ADRES REDAKCJI i ADMINISTRACJI:
LWÓW, UL. SYKSTUSKA 49. — TELEFON 49-38.
KONTO CZEKOWE P.K.O. WARSZAWA: Nr. 152.812. LWÓW: Nr. 501.399.

Ceny prenumeraty na okładce. — Rękopisów się nie zwraca.

Dział inseratowy w lokalu Redakcji przyjmuje ogłoszenia podług umowy.

Adwokat Dr. RAFAŁ LEMKIN
Warszawa

O wprowadzenie ekspertyzy kryminalno-biologicznej do procesu karnego.

Nauka o człowieku przestępcy przebyła dużą ewolucję. zrazu zajmowano się tylko stroną zewnętrzną zagadnienia, zwracając uwagę na fizjognomistykę i budowę czaszki (system fizjognomistyki Lavatera i frenologji Galla). Lombrozo starał się poznać przestępcę po jego cechach i cznakach anatomicznych, Poznyszew[1]) głównie w ustroju psychicznym przestępcy szukał wytycznych dla jego osobowości i jaźni. Kretschmer[2]) rzucił pomost między ustrojem fizycznym, strukturą fizyczną a psychiczną człowieka i we współdziałaniu tych dwu istotnych czynników szukał wskazówek dla określenia typu przestępcy. Bechtierew[3]), Bonger[4]), opierali strukturę przestępcy głównie na czynnikach socjalnych. Ferri na czynnikach socjalno-bio-psychologicznych. Lombrozo w atawiźmie, a Sommer i Rudin w odnowionej tegoż postaci dziedziczności dopatrywali się źródła powstania człowieka przestępnego.

Nie jest tu miejsce na krytykę poszczególnych poglądów; samo życie załatwiło się z niemi w sposób wymowny. Bo oto na gruzach skrajnych, jednostronnych doktryn, powstała nowa, wszechstronna, wprawdzie młoda, ale już o du-

[1]) **Poznyszew:** Kriminalnaja Psichologja.
[2]) **Kretschmer:** Körperbau und Charakter.
[3]) **Bechtjerew:** Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung.
[4]) **Bonger:** Criminality and economic conditions.

żym rozmachu nauka: kryminalna biologja[5]). Pogodziła ona dotychczasowe doktryny przez to, że stopiła je w jedną całość, wyszedłszy z założenia, że jak struktura każdego człowieka jest wpływem czynników najrozmaitszej natury, psychicznej, fizycznej i socjalnej, tak też ze spółdziałania tychże czynników powstaje typ człowieka-przestępcy[6]). Przestępstwo jest tylko zewnętrznym przejawem tego, co w człowieku, pojętym w znaczeniu najobszerniejszem (łącznie z jego jaźnią socjalną), już przedtem drzemało. To też kryminalna biologja zajmuje się badaniem ustroju fizycznego, psychicznego i środowiska społecznego przestępcy. Ustała ona poszczególne dyspozycje kryminalne, jak np.: agresywność, alkoholizm, nadmierna chciwość, struktury kryminalne (przeważnie w odniesieniu do przestępstw z namiętności), które stanowią trwały kompleks dyspozycyj i typy kryminalne, skończone i ustalone w swojem przestępnem postępowaniu (przestępca zawodowy, z nawyknienia i t. d.).

Biologja kryminalna dzieli przestępców na ogół na dwie kategorje: *endogenicznych*, u których przestępstwo jest wypływem głównie ich ustroju psycho-fizycznego — i *egzogenicznych*, u których przestępstwo zostaje wywołane warunkami socjalnemi, zewnętrznemi[7]). To rozróżnienie w oparciu o wszechstronne badania osobowości przestępcy ma dać odpowiedź na pytanie, czy i w jakim stopniu przestępca jest niebezpieczny i czego społeczeństwo po nim w przyszłości spodziewać się może (prognoza socjalna). Kryminalna biologja opiera się więc na metodzie syntetycznej, integracyjnej, która dziś przenika zarówno do nauk przyrodniczych (metoda badań konstytucjonalnych w medycynie) jak i do nauk społeczno-prawnych (metoda badań integracyjna H o o r v i c h a).

Dociekania kryminalno-biologiczne nie posiadają wyłącznie charakteru teoretycznego, lecz także wybitny charakter prakyczny. Nowoczesne prawo karne zeszło z wyżyn dogmatyczno-prawnych i oparło się o podstawy przyrodnicze, biologiczne, socjalne — w sumie więc spoczęło na podstawach kryminalno-biologicznych. Przyczynia się do tego oczywiście, tryumf i d e i p r e w e n c j i s p e c j a l n e j, upatrującej przedewszystkiem cel kary w poprawie przestępcy. Prewencja specjalna — to indywidualizacja, a indywidualizacja — to szukanie człowieka w przestępcy, a zatem zastąpienie abstrakcyjnego, bezosobowego wymiaru sprawiedliwości, badaniem, sądzeniem i społecznem leczeniem żywych istot[8]), wykolejonych na drogę przestępstwa.

[5]) **Lenz:** Grundriss der Kriminalbiologie.
[6]) **Lenz:** Persönlichkeitsaufbau.
[7]) **Wolter:** Zarys systemu prawa karnego, str. 18.
[8]) Zob. **moją** pracę: Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologji, str. 40.

Dlatego w ustawie karnej nowoczesnej spotykamy nowe zjawisko: *typologję przestępczą*[9]). Zamiast recydywy, jako formułki, zawierającej okoliczność obciążającą, zjawia się przestępca zawodowy, jako typ przestępny, wymagający odrębnego traktowania i pozbawiony formalnych znamion ustawodawczych (poprzednie ukaranie nie jest konieczne: art. 60 § 2 k. k.): zamiast traktowania nałogu jako okoliczności obciążającej. wprowadzono do ustawy typ przestępcy z nawyknienia, nałogowego (art. 60 § 2 k. k.); zjawia się także typ przestępcy-alkoholika (art. 72 § 1). przestępcy, wykazującego wstręt do pracy (art. 83 § 1 k. k.), — przestępcy niebezpiecznego dla porządku prawnego, — przestępcy o zmniejszonej poczytalności, obok przestępcy zupełnie niepoczytalnego (art 18 § 1 i art. 80 § 1 k. k.). Wśród nieletnich przestępców rozróżnia ustawodawca takich, którzy mają rozeznanie i takich, którzy go nie mają (art. 70 k. k.). Wśród nieletnich przestępców o pełnem rozeznaniu ustawodawca rozróżnia takich. którzy zasługują na zastosowanie środków wychowawczych, zamiast umieszczenia w zakładzie poprawczym. a to ze względu na ich charakter, lub warunki życia i otoczenia. (art. 71).

Wszystkie te typy przestępców są oznaczone przez ustawodawcę tylko formalnie. bez podania bliższych wskazówek, albo z podaniem wskazówek ogólnikowych. Zresztą in concreto. o tych typach może decydować tylko kryminalna biologja. Zawodowość (cecha o podkładzie socjalnym), nawyknienie (cecha o podkładzie psychicznym). rozeznanie, zmniejszona poczytalność. wykazująca szereg odchyleń od normalnego typu człowieka, wstręt do pracy. opierający się na lenistwie które ze swojej strony, jak wykazują badania lekarskie, wiąże się z obiegiem krwi i oczywiście z temperamentem: wszystko to są pojęcia kryminalno-biologiczne, a nie dogmatyczno-prawne.

Wymiar kary w nowoczesnem ustawodawstwie karnem, jak i w polskim kodeksie karnym. opiera się również na kryminalno-biologicznych przesłankach. Charakter sprawcy. stopień rozwoju umysłowego, dotychczasowe życie, pobudki działania (art. 54 k. k.): to wskazania kryminalno-biologiczne. bo mogą być zrozumiane tylko w świetle osobowości przestępcy. ujętej w całokształcie psycho-fizycznym i socjalnym. Wybitne zabarwienie kryminalno-biologiczne posiadają w kodeksie karnym takie instytucje, jak warunkowe zawieszenie kary i przedterminowe uwolnienie. Tu na podstawie charakteru przestępcy (art. 61 § 2 k. k.) czyto osobistych warunków. (art. 65 § 1 k. k.), stawia się społeczną prognozę sprawcy. Szuka się odpowiedzi na pytanie. czy sprawca w przyszłości popełni nowe prze-

[9]) **Batawia:** Wstęp do nauki o przestępcy.

stępstwo, czy też nie. Odpowiedź na to pytanie może dać tylko głębokie i wszechstronne poznanie osobowości sprawcy, na tle jego środowiska społecznego, po ustaleniu; czy to jest typ endogeniczny, czy egzogeniczny.

Nietylko część ogólna kodeksu karnego, ale także szczególna, wykazuje głęboki związek z kryminalną biologją. Niektóre przestępstwa mogą być popełnione tylko przez osoby o pewnych skłonnościach, czy też o specyficznej strukturze psycho-fizycznej, opartej o niemniej specyficzną sytuację socjalną. Np. przestępstwo znęcania się fizycznego, lub moralnego nad osobami pozostającemi wstosunku zależności od sprawcy, nad nieletnimi, lub bezradnymi (art. 24 k. k.) może być wyjaśnione tylko na tle osobowości sprawcy. Taki człowiek może mieć skłonności sadystyczne, lub też może działać dla ubocznych celów przemijających, choć sama czynność znęcania się może być mu psychicznie obca. Szkodliwość społeczna takiego przestępcy może być doskonale ustalona przez kryminalno-biologiczne wartościowanie jego osoby.

W przestępstwie oporu władzy (art. 129) ujawnić się może w dużym stopniu specyficzna kryminalna struktura sprawcy, polegająca na agresywności i nastawieniu negatywnem do społeczeństwa, reprezentowanego przez władzę. Tylko wyjątkowo stają się winnymi tego przestępstwa ludzie o zupełnie dodatniej strukturze psycho-fizycznej, oczywiście w wyjątkowych i przypadkowych sytuacjach, które dla nich samych powodują niespodziewany konflikt z władzą. Również fałszywe oskarżenie może być bardzo często wynikiem specyficznej skłonności, czasem nawet o zabarwieniu patologicznem (paranoja quaerulans). Praktyka sądowa i psychjatrja wykazują wypadki, kiedy oskarżano o przestępstwo nieistniejące, a przytem oskrżyciel w głębi swej podświadomości pragnął, aby to przestępstwo na nim zostało dokonane. Dziewczyna oskarża o czyny lubieżne mężczyznę, który na nią nie zwraca żadnej uwagi; w samym procesie oskarżania i w rozprawie sądowej, oskarżycielka podświadomie znajduje ujście dla utajonego pożądania oskarżonego mężczyzny.

Oczywiście, że to są wypadki wyjątkowe; ale znowu nie tak rzadkie jakby się na pierwszy rzut oka wydawać mogło, zwłaszcza u nieletnich dziewcząt i przekwitających kobiet (oba typy wykazują wzmożony stan histerji). Cały dział pod nazwą *„nierząd"* opiera się na przesłankach biologicznych. Przestępstwa te pozostają w ścisłym związku z anormalnościami w dziedzinie sekrecji wewnętrznej; nadmierny popęd u gwałcicieli czy też przerzucenie emocyj płciowych na sferę psychiczno-wyobrażeniową u osób dopuszczających się czynów lubieżnych: to objawy pewnych anomalji, które niekoniecznie muszą posiadać charakter

patologiczny, skutkujący ograniczenie poczytalności. Niektóre przestępstwa nierządu mają wyraźny charakter patologiczny, jak *exhibicjonizm* (art. 213). Również sutenerstwo w głębszych swych założeniach opiera się na przesłankach kryminalno-biologicznych. Ustawodawca w tem przestępstwie wysuwa na pierwszy plan czerpanie zysków z cudzego nierządu, ale nie wyczerpuje zagadnienia; bo poza tym momentem natury socjalnej, u sutenera działają również czynniki natury psychicznej. Ludzie tego typu odczuwają specyficzne zadowolenie z tego, że inni ludzie spółkują; nawet jeśli chodzi o osoby przez siebie kochane.

W znanej i bardzo oryginalnej sztuce autora belgijskiego Cromerlincka: „Le cocu magnifique" — (Wspaniały rogacz), mamy taką sytuację psychiczną, odmalowaną w sposób artystyczny. Mąż, kochający młodą i piękną żonę, zmusza ją do oddawania się po kolei wszystkim mieszkańcom wsi, a sam odczuwa przy tem głęboką radość. Jednostka ta wykazuje charakter wybitnie patologiczny i oczywiście nie ma nic wspólnego z sutenerstwem. Jeśli chodzi o sutenerstwo, to psychiczna, nietylko materjalna, satysfakcja z cudzego nierządu, opiera się na przesłankach zboczonej lub zlikwidowanej erotomanji, u osób stojących blisko nierządu, albo u osób, które uprzednio nierządem się zajmowały; właścicielki domu schadzek, to przeważnie byłe prostytutki.

Przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu i mieniu, mogą w niektórych swych postaciach i nasileniach posiadać zabarwienie kryminalno-biologiczne (zabójstwo ze szczególnem okrucieństwem, w stanie silnego wzruszenia, pod wpływem współczucia). Złodziej i oszust mogą wykazywać w swojej jaźni pierwiastki, dające się naświetlić przez biologję kryminalną. Kradzież z nędzy, to krańcowość socjalna tego zjawiska, a kradzież pod wpływem kleptomanji — to krańcowość biologiczna.

Jest artykuł w kodeksie karnym, który po uchwaleniu kodeksu wywołał żywą krytykę. O art. 273[10]) pisano, że jest nieżyciowy, bo trudno będzie udowodnić przestępstwo, polegające na tak nieokreślonych pojęciach, jak życie rozrzutne, lekkomyślne zmniejszanie majątku, zawieranie ryzykownych umów i t. d. Nie wypowiadając się w tem miejscu o celowości tego artykułu, pragnę podkreślić, że zastrzeżenia krytyków pod względem dowodowo-procesowym są o tyle słuszne, że tak zwane oficjalne prawo karne i dogmatyka prawna, która nie dopisuje w szeregu życiowych sytuacyj, oczywiście, nie może dać sobie rady z art. 273, opartym na przesłankch biologicznych. Artykuł ten wzbogaca typologję przestępczą o nowy typ, którym jest t. zw. *„utra-*

---

[10]) **Frühling:** Studja nad karną ochroną kredytu.

cjusz"[11]). Jest to skończony typ człowieka, który ustosunkowuje się w sposób lekkomyślny nietylko do swego majątku, ale i do majątku innych ludzi i do szeregu zjawisk społecznych, bodaj nawet do całego świata zewnętrznego. Lekkomyślność tu nie jest cechą, lecz „światopoglądem". ryzykowna umowa nie jest fragmentem jego działania, lecz potrzebą temperamentu hazardowca. Życie rozrzutne jest dla niego właściwem, istotnem, prawdziwem życiem. Do takiego typu nie można podejść z martwym paragrafem, lecz z żywem okiem badacza ludzi i życia. Z takim typem da sobie tylko radę biolog kryminalny, który będzie dysponował jako materjałem do badania, środowiskiem społecznem. przeszłością człowieka i jego ustrojem psycho-fizycznym.

* * *

Prawo karne doznaje realizacji zapomocą procesu karnego. Dlatego też ustawa postępowania karnego musi być dostosowana do kodeksu karnego. Niestety, jeśli chodzi o nasze ustawodawstwo, to istnieje poważny rozdźwięk między kodeksem karnym a kodeksem postępowania karnego. Jeżeli kodeks karny przesunął punkt ciężkości z przestępstwa na przestępcę, to kodeks postępowania karnego w dalszym ciągu tkwi w objektywnych kryterjach przestępstwa. Nasz proces ma głównie na celu ustalenie, czy przestępstwo zostało popełnione i przez jakiego sprawcę. Osobowością sprawcy, jego jaźnią psycho-fizyczną i społeczną nie interesuje się. Jedyny pocieszający wyjątek stanowi art. 618 k. p. k., nakazujący w toku dochodzenia ustalenie m. innemi charakteru i przeszłości nieletniego, warunków w jakich żył i wychowywał się, stosunków moralnych i materjalnych jego i jego rodziny. Całe bogactwo biologiczne nowoczesnego polskiego kodeksu karnego jest właściwie niedostępne dla praktyki sądowej. Pod tym względem jesteśmy w sytuacji człowieka, który nie ma klucza do swojej cennej skarbnicy.

Proces karny powinien ulec radykalnej zmianie, od dochodzenia i śledzwa poprzez wszystkie instancje, aż do Sądu Najwyższego włącznie. Sąd Najwyższy rozporządzający najlepszemi mózgami prawniczemi. nie powinien być odcięty od żywego, pulsującego materjału sądowego, nie powinien się ograniczać do roli segregatora i konstruktora pojęć dogmatyczno-prawnych, lecz powinien mieć wpływ. jako centralna, najwyższa instytucja sądowa, na całokształt polityki kryminalnej w państwie. Skoro punktem ciężkości nowoczesnego prawa karnego jest człowiek-przestępca i problem jego readaptacji społecznej za-

[11]) **Wielikowski:** O przestępstwach na szkodę wierzycieli według nowego kodeksu karnego, Palestra, 1932, Nr. 3—10.

pomocą dostosowania doń odpowiedniej sankcji, to należy rozszerzyć kompetencje Sądu Najwyższego także na dziedzinę wymiaru kary.

Ze względów technicznych nie możemy tego przedstawić i odpowiednio uzasadnić całokształtu problemów, związanych z reformą procesu karnego; ograniczamy się do jednego punktu, który uważamy za centralny, a mianowicie do zagadnienia wprowadzenia do procesu karnego badań i ekspertyzy kryminalno-biologicznej.

Od pewnego czasu prowadzone są badania kryminalno-biologiczne nad więźniami na Zachodzie: w Belgji, w słynnem więzieniu Forest, pod kierunkiem Dra Vervaecka, w więzieniu w Stausing w Bawarji, pod kierunkiem Dra Vierensteina, w Saksonji pod kierunkiem Dra Fetschera, w Rydze pod kierunkiem Dra Neureitera, w szeregu więzień w Rosji, a ostatnio wprowadzono te badania także w więzieniu mokotowskiem w Warszawie. Badania te (system odpowiednich kwestjonarjuszy) obejmują strukturę psycho-fizyczną sprawcy, jakoteż dotyczą jego środowiska społecznego.

Dla więziennictwa badania te mają znaczenie duże, bo decydują o klasyfikacji więźniów w systemie progresywnym. Należy jednak uznać, że jeszcze większe znaczenie posiadają te badania dla procesu karnego. Zastanawianie się nad tem, czy więzień pasuje do więzienia, gdy on już w więzieniu siedzi, jest bardzo doniosłe, lecz nieco spóźnione... Należy się raczej zastanowić nad tem, czy więzienie, czy też inna sankcja i jaka pasuje do oskarżonego, jeżeli — będzie skazany. Otóż badania kryminalno-biologiczne i ekspertyzę kryminalno-biologiczną należy wprowadzić już w toku dochodzenia i śledztwa. Należy przytem znacznie rozszerzyć podstawy socjalne tych badań, w szczególności duży nacisk położyć na poznanie środowiska społecznego przestępcy, obok poznania jego struktury psycho-fizycznej. Do tych badań nad oskarżonymi mogą być używane komisje, prowadzące analogiczne badania nad więźniami (organa społeczne pomocy sądowej). Prokurator i sędzia śledczy powinni mieć możność uzyskania w trybie art. 234 k. p. k. ekspertyzy kryminalno-biologicznej w każdym wypadku, kiedy uważają to za wskazane. Taka ekspertyza umożliwi prokuratorowi zamieszczenie w akcie oskarżenia wyczerpującej charakterystyki oskarżonego, co należy uznać za konieczne. W Bawarji prokuratura korzystała ostatnio z takich ekspertyz (porównaj pracę Hansa Klare: Das kriminalbiologische Gutachten im Strafprozess[12]).

[12]) Por. bogatą literaturę niemiecką o t. zw. „Soziale Gerichtshilfe", w szczególności prace **Gentza, Mayera** i innych. Por. także **Mitteilungen der Intern. Kriminalist. Vereinig.,** Neue Folge, 4 Band 1930, str. 2—112.

Zachodzi teraz pytanie, czy takie ekspertyzy należy stosować do wszystkich wypadków, czy też do niekórych. Ideałem byłoby, mieć eksjertyzę kryminalno-biologiczną w każdej sprawie; ze względu jednak na ekonomję, która, nawiasem mówiąc, z wymiarem sprawiedliwości pojęciowo pogodzić się nie daje, należy ograniczyć możność stosowania ekspertyz kryminalno-biologicznych do następujących typów przestępstw i przestępców: *nieletni, recydywiści, przestępcy nałogowi, alkoholicy, przestępcy wykazujący wstręt do pracy, narkomani.*

Należałoby również stosować te ekspertyzy przy takich przestępstwach, jak opór władzy, znęcanie się fizyczne i moralne, kwalifikowane wypadki zabójstwa, kradzież i przywłaszczenie z nędzy, nierząd, fałszywe oskarżenie, działanie na szkodę wierzycieli (art. 273). Możnaby zresztą ująć te kwestję częściowo negatywnie i powiedzieć, że żaden środek zabezpieczający, ani zawieszenie kary, ani przedterminowe uwolnienie, nie mogą być orzeczone bez ekspertyzy kryminalno-biologicznej.

Skutki wprowadzenia ekspertyzy kryminalno-biologicznej muszą być i będą korzystne. Umożliwi ona nareszcie dokładne poznanie osobowości przestępcy i dostosowanie doń sankcji karnej. Oczywiście, ażeby rezultat sankcji był pozytywny, należy również system tych sankcyj pogłębić i ugruntować system penitencjarny na z a s a d a c h p e d a g o g i k i w i ę z i e n n e j.

Z punktu widzenia kryminalno-politycznego ekspertyza kryminalno-biologiczna przyniesie ten pożytek, że umożliwi gromadzenie kartotek poszczególnych typów przestępnych, szczególnie recydywistów — kartotek żywych i aktualnych. Ułatwi to w znacznej mierze ściganie przestępców niepoprawnych.

Z punktu widzenia dowodowo-procesowego ekspertyza kryminalno-biologiczna reprezentuje niemniej poważne korzyści. Są sytuacje, w których występuje tylko jeden świadek, czasem postronny; czasem pokrzywdzony. Strona dowodowa przestępstw polegających na czynach nierządnych z nieletnimi, zwłaszcza dziećmi, jest bardzo trudna, jeżeli się zważy, że duży procent dzieci zdradza skłonność do konfabulacji. Wiarygodność zeznań dziecka doznaje znacznego wzmożenia, jeżeli ekspertyza kryminalno-biologiczna wykaże, że oskarżony posiada predyspozycje do wybryków seksualnych. Poza temi praktycznemi stronami omawianego zagadnienia, pozostaje jeszcze jedna, a mianowicie: oparcie wymiaru sprawiedliwości na wszechstronnem poznaniu osobowości przestępcy, pogłębi i uszlachetni ideę wymiaru sprawiedliwości.

ADW. DR. ZYGMUNT FENICHEL
Kraków.

Pojęcie „dobrych obyczajów" w prawie polskiem.*)

Dokończenie.

VII. Polskie prawo robotnicze, względnie — jak je inni nazywają — prawo pracy, posługuje się również pojęciem dobrych obyczajów.

Zaznaczyć należy, że dopóki brak było wyraźnych przepisów n. p. co do klauzuli konkurencyjnej, co do pobrania korzyści od osób trzecich, co do sposobu wynagrodzenia i t. d., tak długo judykatura przychodziła w pomoc stronie słabszej, posługując się pojęciem dobrych obyczajów. I tak n. p. spotkaliśmy się z orzeczeniami, że „łapówki" sprzeczne są z dobremi obyczajami, że klauzule konkurencyjne utrudniające egzystencję robotnikowi są bez znaczenia, że płace „głodowe", utrudnienia dotyczące wypowiedzenia, zamieszczanie w świadectwie uwag utrudniających wynalezienie posady i t. d. są niedozwolone.

Obecnie, gdy prawo polskie zawiera co do kwestyj tych wyczerpujące i stosunkowo sprawiedliwe postanowienia, stosowanie pojęcia dobrych obyczajów jest przeważnie zbyteczne, (por. art. 10. 13. 18. 24 i t. d. rozp. Prez. Rzeczp. o um. pr. umysł. z 16. III. 1928 Dz. Ust. 35/28 poz. 323. — Mimo to okaże się, że również i tu judykatura często posługuje się tem pojęciem.

Obecnie dekret o robotnikach w odróżnieniu od rozp. o prac. umysł. nie wspomina o ograniczeniach co do klauzuli organizacyjnej, wobec czego, jak to słusznie przyjmuje Raczyński, jest ona tyko wtedy nieważną, jeśli sprzeciwia się dobrym obyczajom[38]). Tak więc, gdzie brak wyraźnego przepisu, tam i obecnie posługiwać się należy tem pojęciem. — Wyraźnie na pojęcie „dobrych obyczajów" powołuje się art. 16. ust. 1. rozp. Prez. Rzczp. z 16. III: 1928 Dz: U: 35/28 poz. 324. um. pr. rob. Wedle tego art. za ważne powody uprawniające strony do niezwłocznego rozwiązania umowy o pracę, względnie do odstąpienia od niej, uważane są wszystkie okoliczności, które ze względu na dobre obyczaje lub na zasady dobrej wiary upoważniają jedną ze stron do odstąpienia od umowy. — Drugie natomiast rozp. wydane tego samego dnia i łączące się z tamtem ściśle, t. j. o umowie o pracę pracowników umysłowych, nie zawiera analogicznego postanowienia, co nie znaczy jednakże, by nie można tu również uznać okoliczności powyższych za ważne powody. —

*) Części poprzednie zob. w Nrach 1 i 2 r. b.
[38]) **Raczyński:** Polskie prawo pracy str. 125.

Ponadto art. 17. pkt. b) rozp. rob. daje robotnikowi prawo rozwiązania umowy z winy pracodawcy (art. 15), gdy pracodawca, jego domownicy lub zastępcy dopuszczają się względem robotnika lub członków jego rodziny czynów, które sprzeciwiają się prawu lub dobrym obyczajom, bądź też nakłaniają ich do takich czynów. — Podobne postanowienie zawiera art. 31. pkt. e) rozp. o prac. umysł. z tą odmianą, że ustawodawca uznaje za ważną przyczynę, gdy pracodawca lub przełożeni pracownika dopuszczają się przy prowadzeniu przedsiębiorstwa czynów, sprzecznych prawu lub dobrym obyczajom, lub nakłaniają pracownika do takich czynów.

Do umowy o pracę stosujemy w braku specjalnego postanowienia przepisy kod. cyw. Tak więc umowa o pracę, która sprzeciwiałaby się dobrym obyczajom (§. 879. k. a. i § 138. k. niem.) jest nieważna. R a c z y ń s k i uważa, że cała umowa, zawierająca zakazane postanowienia byłaby nieważna, jakkolwiek zdaje sobie sprawę, że może to mieć często niekorzystny wpływ na prawa pracownika (n. p. okresy wypowiedzenia nie miałyby zastosowania[39]). Nie podzielam tego zapatrywania, aby całą umowę uznać za nieważną, gdyż wystarczy tylko odnośny ustęp jako sprzeczny z dobremi obyczajami pozbawić skuteczności (por. art. 56 § 2 Kod. zob.). — Z motywów S. N. do plenarnego orzeczenia w sprawie godzin nadliczbowych z 4. XI. 1932 Prez. 84/32 wynikałoby, że w razie sprzeczności z ustawą pewnej tylko części umowy, ta jedynie część pozbawiona jest skutków prawnych. To samo winno zd. m. mieć zastosowanie w razie sprzeczności z dobremi obyczajami.

Judykatura przedwojenna posługiwała się tem pojęciem przy ocenie t. zw. c z a r n y c h l i s t, wydawanych na podstawie umów pracodawców. Wedle orzeczenia z 1907 r. Gl. U. 4040. rozesłanie czarnych list uznać należy wśród pewnych okoliczności, za dążące do uniemożliwienia pracownikowi uzyskania pracy, a tem samem za sprzeczne z dobremi obyczajami[40]).

Prawo pracy zajmuje się ważnością t. zw. k l a u z u l o r g a n i z a c y j n y c h, zawartych zwykle w u m o w a c h z b i o r o w y c h. Odróżnia się tu ogólną klauzulę organizacyjną, polegającą na tem, że pracodawcy nie wolno przyjąć do pracy pracowników nie należących wogóle do związków zawodowych, od szczegółowej klauzuli, wedle której pracodawcy nie wolno przyjąć pracownika nie należącego do konkretnej organizacji. Niektórzy, jak K a s k e l, L a u t h n e r, uważają klauzule te jako sprzeczne z dobremi obyczajami i dlatego nieważne. Na stanowisku tem stoi również Sąd Rze-

[39]) **Raczyński:** op. cit., str. 77.
[40]) **Fenichel:** Zarys polskiego prawa robotniczego, str. 194.

szy (R. A. G. 174/29). Natomiast Sinzheimer, Grünberg Lenhoff, uznają, że klauzule te zasadniczo zgodne są z dobremi obyczajami. Do poglądu tego sam się przyłączam[41]). Negatywne stanowisko wobec powyższych klauzul zajęła Austrja w t. zw. „*Antiterrorgesetz*".

Judykatura polska stosowała w ostatnich czasach pojęcie dobrych obyczajów w sprawie godzin nadliczbowych. Sądy uznawały za sprzeczne z dobremi obyczajami i uczciwością w obrocie, jeśli pracownik w tajemnicy przed pracodawcą notuje sobie godziny nadliczbowe i przez szereg lat nie żąda wynagrodzenia za te godziny, a czyni to dopiero przy rozwiązaniu stosunku służbowego. (Rw. 788/31 i 1618/31[42]). — Wynika stąd, że mimo iż wynagrodzenie to nie przedawniło się, sądy oddalały powództwo — uważając, że tego rodzaju postępowanie na ochronę nie zasługuje.

Z zestawienia przepisów prawa pracy okazuje się, że obecnie, gdy szereg problemów z tej dziedziny zostało ustawowo unormowanych, mniejszy jest zakres stosowania pojęcia dobrych obyczajów, że jednak i w obecnem stadjum rozwoju, prawo pracy nie może się bez pojęcia tego obejść.

VIII. Bardzo wielkie znaczenie ma pojęcie dobrych obyczajów w prawie międzynarodowem prywatnem. Pojęcie to znalazło wyraz w art. 38 ust. z 2. VIII. 1926 poz. 581 Dz. u. o prawie właściwem dla stosunków prywatnych międzynarodowych (odtąd skrót: pr. pryw. mnar.). — Już napis do tego art. wskazuje, że chodzi tu o „ograniczenie w stosowaniu prawa obcego". Nie znajdujemy zaś tego pojęcia, rzecz prosta, w ust. o prawie prywatnem międzydzielnicowem (odtąd skrót: pr. pryw. mdz.) — która to ust. wydaną została jednocześnie (poz. 580 Dz. u.) i podobnie jest skonstruowana. Nie można bowiem w obrębie tegosamego państwa ograniczać w jednej dzielnicy stosowania prawa obowiązującego w dzielnicy drugiej. Wszystkie bowiem prawa w Polsce obowiązujące mają równe stanowisko i jedno nie może być stosowane kosztem drugiego[43]).

Art. 38 pr. pryw. mnar. brzmi następująco: „Przepisy prawa obcego nie mają w Polsce mocy prawnej, jeżeli są sprzeczne z podstawowemi zasadami obowiązującego w Polsce porządku publicznego lub z dobremi obyczajami. — Przepis ten częściowo wzorowano na art. 30 ustawy wprowadczej do niem. ust. cyw. Oba przepisy zarówno wykluczają stosowanie prawa obcego, o ile ono jest sprzeczne z dobremi obyczajami. Różnią się one jednak między sobą, że ust. polska wyklucza nadto obce prawo w razie sprzeczności z podstawowemi zasadami obowiązującego w Polsce porządku publicz-

[41]) **Fenichel:** o. c. str. 244.
[42]) **Szczepański:** Prawo pracy w świetle orzeczeń sądowych, str. 78.
[43]) **Zoll:** Prawo cywilne, Tom I. str. 112.

nego, podczas gdy ust. niemiecka wyklucza stosowanie prawa obcego, o ile ono byłoby sprzeczne „z celem niemieckiej ustawy“ [44]).

Pierwszy projekt niemieckiego prawa międzynarodowego prywatnego, opracowany przez Gebharda, wykluczał obce prawo, „o ile wedle tych przepisów lub ich celu było wykluczone“. Ponieważ określenie to właściwie nic nie tłumaczyło, przeto w drugim projekcie Gebharda wykluczono stosowanie obcego prawa, „o ile ono naruszało dobre obyczaje lub porządek publiczny“. Dopiero w ostatnim projekcie zamiast „porządku publicznego“ wstawiono „cel niemieckiej ustawy“ (*„Zweck eines deutschen Gesetzes“*), — które to słowa również nie dadzą się określić i nie stanowią, jak mówi Frankenstein, nic objektywnie stałego, lecz coś subjektywnie chwiejnego. „Cel ustawy“, o którym wspomina art. 30. ust. wprow. niem. nie musi być prywatno-prawny, lecz również prawno-publiczny, co zresztą w rzeczywistości częściej ma miejsce.

Jeśli chodzi o pojęcie dobrych obyczajów w tym dziale prawa stosowane, to słuszny jest pogląd, że interpretować je należy wedle prawa prywatnego i że nie trzeba konstruować specjalnego pojęcia dobrych obyczajów dla prawa międzynarodowego prywatnego[45]).

Niełatwe zaiste jest odróżnienie pojęcia „dobrych obyczajów“ od pojęcia „porządku publicznego“ (w Polsce obowiązującego), które to obydwa pojęcia zestawione są obok siebie w art. 38 pr. pryw. mnar. — O niepewności stosunku tych pojęć świadczy w znamienny sposób historja §-fu 138 niem. ust. cyw., stanowiącego, iż „czynność prawna wykraczająca przeciw dobrym obyczajom, jest nieważna“. — Pierwotny projekt zawierał w przepisie tym obok „dobrych obyczajów“ także „porządek publiczny“. Podobnie też pierwszy projekt ustawy wprow. do niem. ust. cyw. przewidywał zasadę „porządku publicznego“. Komisja druga otóż skreśliła słowa o porządku publicznym, wychodząc z założenia, że słowa te nie mają określonej treści i że wykroczenia przeciw dobrym obyczajom są zarazem wykroczeniami przeciw porządkowi publicznemu[46]). Rozumiano zrazu przez porządek publiczny już to pewne postulaty, już to ogół norm regulujących współżycie społeczne, lub wreszcie rzeczywisty porządek społeczny. W materjałach do kod. niem. spotykamy się z najrozmaitszemi ujęciami porządku publicznego, raz jako identycznego z ogólnemi interesami państwa, to znowu jako

---

[44]) **Fenichel:** Prawo prywatne międzynarodowe i międzydzielnicowe, str. 75.

[45]) **Melchior:** Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechtes, str. 333.

[46]) **Sliosberg:** o. c. str. 22.

identycznego z porządkiem prawnym i moralnym. Większość komisji niem. uważała zakres dobrych obyczajów za szerszy od porządku publicznego, podczas, gdy mniejszość, powołując się na naukę francuską, wykazywała wręcz przeciwnie, że pojęcie dobrych obyczajów mieści się w pojęciu porządku publicznego[47]).

Ehrenzweig stara się określić treść pojęcia „porządku publicznego" i rozumie przez nie ustrój gospodarczy, prawny i t. d., a podciąga pod naruszenie go n. p. umowy mające na celu udaremnienie wymiaru sprawiedliwości, nadzoru państwowego i t. p.

Rzecz jasna, że ścisłej treści pojęciu temu, podobnie jak i dobrym obyczajom nadać nie można[48]) i że tem trudniej, jak właśnie widzieliśmy, odgraniczyć obydwa te pojęcia, któremi art. 38 pr. pryw. mnar. się posługuje.

Przepisy te, które wykluczają stosowanie obcego prawa, nazywa się w literaturze niemieckiej *„Prohibitiv-gesetze" (Vorbehaltsklausel)* — w romańskiej zaś *„ordre public"*[49]). Mniejsze znaczenie mają one w krajach anglo-saskich, gdyż tam decydujące znaczenie ma *lex domicilii*, wobec czego nie trzeba tam pomocy pojęcia *„public policy"*. Istota klauzuli tej polega na tem, że ustawodawca krajowy zastrzega sobie stosowanie (stąd też: „Vorbehaltsklausel") prawa obcego tylko wtedy, o ile ono nie jest sprzeczne z podstawowemi zasadami prawa wewnętrznego. Naprzód bowiem przepisy wewnętrzne muszą być stosowane, bez względu na obce prawo, i te przepisy, które wykluczają stosowanie obcego prawa nazwano ustawami ekskluzywnemi. Pierwszy Savigny wysunął znaczenie tego rodzaju ustaw. Ta zasada jednakże jest wyjątkową i tylko w rażących, rzadkich wypadkach winna być stosowaną. Praktyka często nie stosuje się jednak do tego i uważa n. p. nawet pobieranie wyższych, niż ustawowe odsetki, za sprzeczne z tą zasadą[50]).

Nauka o zasadzie porządku publicznego stanowi część składową prawa międzynarodowego prywatnego i bez niej prawo to pomyśleć się nie da. Z powodu trudności określenia jej jednak, nie cieszy się zasada ta w nauce specjalnem zamiłowaniem[51]).

Już kod. cyw. Król. Polsk. zawiera art. 3, wedle którego „prawa policyjne i bezpieczeństwa obowiązują wszystkich znajdujących się w kraju". Zasadę porządku publicznego zaś spotykamy poraz pierwszy w motywach do kod. Nap. z 1802 r.

Kod. cyw. włoski (art. 11), hiszpański (art. 8), japoński z

---

[47]) **Herzog:** o. c. str. 132/3.
[48]) **Ehrenzweig:** Recht der Schuldverhältnisse, str. 177.
[49]) **Walker:** Internationales Privatrecht, str. 251.
[50]) **Frankenstein:** Internationales Privatrecht, Tom I. str. 186.
[51]) **Nussbaum:** Deutsches Internationales Privatrecht, str. 61.

1898 r.. mówią również o porządku publicznym i dobrych obyczajach. Jakkolwiek kod. cyw. austr. nie zawiera klauzuli zastrzegającej, to jednak uważa się ją tu również za obowiązującą[52]). Jedynie austr. ordynacja egzekucyjna z 1896 r. wspomina w § 81. pkt. 4 o ustawach, które opierają się na względach porządku publicznego lub moralności. Jeden z pierwszych teoretyków prawa międzynarodowego prywatnego Kahn nazywa zasadę porządku publicznego władcą absolutnym w tem prawie, gdyż jedno jej słowo wystarcza, by pozornie uzasadnioną normę kolizyjną obalić albo pomóc do zwycięstwa normie powszechnie zarzuconej[53]).

Już Savigny uważał tę zasadę za najtrudniejszą w całem prawie, a również uczeni tej miary, co Laurent, Fiore, Pillet, Bustamente, są tego samego zdania.

Baar pojmuje zasadę tę w ten sposób, że wyklucza ona obce normy prawne, o ileby one miały urzeczywistnić stosunki prawne, których urzeczywistnienie wedle ustawodawstwa krajowego jest niedopuszczalne. Słynny Mancini przyjmuje przez *ordre public* prócz zasadniczych urządzeń państwowych *„le respect des principes supérieurs de la morale humaine et sociale.... les bonnes moeurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine"*.

Z definicji tej widzimy, że zawiera ona ogólniki, które nie wiele wyjaśniają. Nie więcej wyjaśnia określenie Laurenta, że chodzi tu o przepisy *„qui intéressent les droits de la société, sa conservation, son perfectionement"*.

Z tych określeń niezadowolony jest jeden z najnowszych teoretyków Frankenstein, który tworzy nowy skomplikowany podział zastrzeżeń na bezwzględne i względne, a te znowu dzieli na dalsze, jeszcze więcej skomplikowane poddziały[54]). Do bezwzględnych zastrzeżeń zalicza Frankenstein przepisy krajowe o księgach gruntowych, o rejestrze okrętowym, do względnych zaś o znaczeniu terytorjalnem zobowiązania prywatne z przepisów karnych lub policyjnych.

Widzimy z tego, że nie łatwe, a nawet wręcz niemożliwe jest określenie pojęć użytych w art. 38 pr. międzyn. pryw. Dlatego słusznym wydaje mi się pogląd Lewalda, że pojęcia te są blankietem, który ustawodawca oddaje sędziemu do wypełnienia[55]).

Podstawowe dla naszego problemu jest orzeczenie Sądu Rzeszy z 21. III. 1905 R. G. Z. 60., wedle którego obce prawo nie może być wtedy stosowane, *„wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen*

[52]) **Ehrenzweig,** Allgemeine Teil. str. 90.
[53]) **Kahn:** Abhandlungen zum internationalen Privatrecht. str. 165.
[54]) **Frankenstein.** o. c. str. 199.
[55]) **Lewald:** Das deutsche internationale Privatrecht. str. 24.

dieses und auf welchen das konkurrirende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, dass die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde". Sąd Rzeszy stale trzyma się zasady wyżej wypowiedzianej, która jednak też jest ogólnikowa i nie daje wyraźnej wskazówki sędziemu, jak ma postępować.

W jakich działach prawa prywatnego stosuje się tę zasadę? — Przedewszystkiem spotykamy ją w prawie małżeńskiem, w szczególności odnośnie formy zawarcia małżeństwa i przeszkód małżeńskich.

I tak n. p. nie uznaje judykatura niemiecka t. zw. chalicy i małżeństwa lewiratu, polegającego u Żydów na tem, że wdowa może wyjść ponownie za mąż, o ile wezwała braci zmarłego męża do zawarcia małżeństwa albo została przez nich od tego uwolnioną (chalica).

Judykatura zajmuje się kwestją, czy zakaz poszukiwania ojca *(recherche de la paternité)*, istniejący dawniej w prawie francuskiem, a obecnie w prawie włoskiem, ma być w innem państwie uznany. Prawo obce oraz judykatura niemiecka (sąd apel. paryski z 22. XII. 1920), uznaje zakaz ten jako sprzeczny z dobremi obyczajami.

W Austrji uznawano t. zw. przeszkodę katolicyzmu za bezwzględną, podczas gdy w Niemczech zaprzeczono jej ważności, a również *impedimentum disparitatis cultus* uważano jako sprzeczny z zasadami art. 30 niem. ust. wprow.[56]). We Francji odmawia się ważności wszelkim przeszkodom małżeńskim, opartym tylko na prawie religijnem.

Nadto stosuje się zasadę *ordre public* z art. 38 w prawie rzeczowem, hipotecznem, spadkowem, do zakazu gry, skargi pauljańskiej. — Gutzwiller rezygnuje z wyliczenia ustaw, nazywając ilość odnośnych przepisów niezliczoną i nie dającą się określić[57]).

W sprawie waloryzacji posługuje się judykatura często pojęciami art. 38. Dwa mamy w tej dziedzinie poglądy. Wedle pierwszego (Frankenstein) o walucie, a zarazem o waloryzacji, decyduje prawo właściwe dla danego stosunku obligatoryjnego. Natomiast wedle poglądu przeciwnego zd. m. słusznego — (Nussbaum, Neumeyer), decyduje tu prawo państwa, na którego walutę dług opiewa. Pogląd ten jest dla tego uzasadniony, że problemy walutowe są w większej mierze prawno-publicznemi, dla wszystkich wszędzie w jednakowej mierze obowiązujące.

Władzę sędziego i prawa krajowego w stosunku do prawa zagranicznego obrazowo przedstawia Baar w ten sposób, że sędzia nie ma wpływu na pień znajdujący się na terenie innego

[56]) **Lewald**, str. 32.

[57]) **Gutzwiller**: International — Privatrecht, str. 1575.

porządku prawnego, ma jednak możność odcięcia gałęzi, które przechodzą na terytorjum, gdzie on władzę wykonuje.

Czy dana czynność prawna wykracza przeciw dobrym obyczajom lub porządkowi publicznemu, nie da się z góry określić jakąś abstrakcyjną formułką, lecz zależy to od okoliczności konkretnego przypadku.

Konsekwencją zasad z art. 38. jest tylko wykluczenie stosowania obcego prawa, nie zaś zaprzeczenie jego ważności. Art. 38. powiada: „nie mają w Polsce mocy prawnej" jak również nie daje sędziemu prawa do uwag moralizatorskich wobec obcego ustawodawcy[58]).

Lukę, jaką pozostawia wykluczenie stosowania obcego prawa, zapełnia o ile możności prawo krajowe.

Widzimy, jak wielkie z jednej strony ma znaczenie zasada *ordre public* i jak z drugiej strony trudno z góry jej treść określić. Jakkolwiek samo pojęcie dobrych obyczajów wystarczyłoby, by w razie potrzeby wykluczyć obce prawo, to jednak skoro wprowadzono obok nich w art. 38. „podstawowe zasady obowiązującego w Polsce porządku publicznego", to tem samem rozszerzono jeszcze władzę sędziego. Jeśliby sędzia miał wątpliwości, czy prawo obce jest sprzeczne z pierwszą zasadą, to będzie mógł je bez trudności podciągnąć pod zasadę drugą, pamiętając jednakże, że tylko wtedy może nie stosować obcego prawa, gdy ono sprzeczne jest z podstawowemi zasadami krajowego ustawodawstwa. Współżycie narodów wymaga zasadniczo stosowania obcego prawa, a do wykluczenia go dopuścić należy jedynie wyjątkowo, w wypadkach rażących. Zbyt szerokie bowiem stosowanie zasady *„ordre public"* może utrącić całe prawo międzynarodowe prywatne. Jako norma wyjątkowa, winna być zasada ta raczej ścieśniająco niż rozszerzająco interpretowana.

IX. Również w naszym kodeksie postępowania cywilnego (Dz. U. 112/32) spotykamy się kilkakrotnie z pojęciem dobrych obyczajów oraz porządku publicznego.

Już wedle art. 168. § 1. k. p. c. „sąd z urzędu uchyli jawność całego posiedzenia lub jego części i odbędzie je przy drzwiach zamkniętych, jeśli jawność zagraża porządkowi publicznemu lub dobrym obyczajom". — Pod pojęcie porządku publicznego podciąga prof. Allerhand nietylko interes państwowy lub społeczny, lecz i obawę uniemożliwienia należytego przeprowadzenia postępowania, a pod pojęcie „dobrych obyczajów" moralność publiczną[59]). Widzimy, że pojęcia z art. 168. nie mają treści identycznej jak w prawie prywatnem, lecz nieco szerszą i przystosowaną do procesu samego. Podkreślić należy tu zasadę postępowania z urzędu.

Wedle art. 434. k. p. c. Sąd Najwyższy rozpatrując skargę

---

[58]) **Nussbaum,** str. 67.

[59]) **Allerhand:** K. P. C. str. 171 i 461.

kasacyjną, bierze z urzędu pod rozwagę, czy zaskarżony wyrok nie sprzeciwia się porządkowi publicznemu. Ustawodawca polski odgraniczył tu wyraźnie porządek publiczny od dobrych obyczajów, gdyż tych ostatnich S. N. z urzędu pod rozwagę nie bierze. — Trudno zgodzić się z prof. Allerhandem, że ustawa ma tu na myśli przepisy bezwzględnie obowiązujące, nie ulegające dyspozycji stron. Pojęcie porządku publicznego jest szerszem pojęciem niż *ius cogens*. Gdyby bowiem pojęcia te były identyczne, możnaby zamiast nieokreślonego „porządku publicznego" posługiwać się pojęciem *ius cogens*, któremu nadać można już bardziej określoną treść. Nadto nie każde naruszenie przepisu bezwzględnie obowiązującego będzie zarazem naruszeniem porządku publicznego. S. N. w każdym konkretnym przypadku ustali, czy niestosowanie lub mylne stosowanie przepisu bezwzględnie obowiązującego narusza zarazem porządek publiczny.

Z pojęciami porządku publicznego i dobrych obyczajów spotykamy się dalej w k. p. c. w księdze trzeciej o sądzie polubownym, a to w art. 502. i 503. pkt. 4. Przepisy te są wyrazem kontroli państwa nad sądem polubownym. Wedle art. 502. sąd nie nada klauzuli wykonalności wyrokowi lub ugodzie sądu polubownego, gdy te treścią swą ubliżają porządkowi publicznemu lub dobrym obyczajom. „Ubliżanie" to musi jednak wynikać z akt sądu polubownego, złożonych w sądzie, nie zaś być oparte na domysłach. Sąd nadając klauzulę, tem samem może rozstrzygnąć, czy strony mogły poddać sprawę rozstrzygnięciu sądu polubownego[60]). Również odmówi sąd klauzuli, gdy chodzi o stosunki prawne nieważne lub niezaskarżalne[61]). Przepis ten może być czasem utrudnieniem dla bytu sądów polubownych, gdyż strony do ostatniej chwili nie będą wiedziały, czy sąd polubowny orzekł definitywnie o ich prawach.

Jeśli sędzia wbrew art. 502. nada klauzulę, to strona pokrzywdzona może wnieść w ustawowym terminie skargę z art. 503. k. p. c., jak również może wnieść zażalenie z art. 538. Sąd, rozpatrujący zażalenie, winien naruszenie porządku publicznego również z urzędu uwzględnić, skoro prawo to przysługuje sędziemu nadającemu klauzulę. Jeśli prawomocnie odmówiono nadania klauzuli egzekucyjnej, to wbrew poglądowi prof. Allerhanda nie przesądza to stanowiska sądu procesowego w sprawie o uchylenie wyroku, który sprawę tę dokładnie, a nie na podstawie akt samych bada[62]).

Nadto używa k. p. c. pojęć przez nas omawianych w art. 528. pkt. 8. — Wedle tego przepisu orzeczenia lub ugody zagraniczne nie mogą być sprzeczne z podstawowemi zasadami obo-

[60]) **Fenichel:** Sądy polubowne wedle k. p. c., str. 518.
[61]) **Allerhand, str. 517.**
[62]) **Allerhand, k. p. c. str. 520.**

wiązującego w Polsce porządku publicznego lub z dobremi obyczajami. Przepis ten powtarza dosłownie art. 38. ust. o prawie międzynarodowem prywatnem, z tą różnicą, że tam chodzi o stosowanie prawa polskiego, tu zaś o wykonanie wyroku. Na tym przykładzie widać pewną łączność, jaka zachodzi między prawem międzynarodowem prywatnem, a procesowem. Przepis ten wzorowany jest na art. 30. przepisów wprow. do kod. cyw. niem. i § 328. pkt. 4 proc. niem. Różnica polega tu na tem, że ustawa niemiecka wyklucza stosowanie prawa obcego, o ileby ono było sprzeczne z celem niemieckiej ustawy. Ustawa polska takiego postanowienia nie zawiera, natomiast wyklucza stosowanie prawa obcego, o ile ono jest sprzeczne z podstawowemi zasadami obowiązującego w Polsce porządku publicznego. Jednakowo obie ustawy wykluczają stosowanie prawa obcego, o ile ono jest sprzeczne z dobremi obyczajami.

Meili zalicza do zasad porządku publicznego nietylko przepisy konstytucji i prawa materjalnego prywatnego, ale również przepisy procesowe. Jeśli jednak zawarto umowę o wykonaniu wyroków, to tylko wtedy nie należy wedle Meilego wykonać wyroku zagranicznego, gdy sprzeciwia się międzynarodowym obyczajom, prawu narodów lub też prawu publicznemu[63]). Jakkolwiek myśli powyższej de lege ferenda przyklasnąć należy, to jednak wedle art. 528. kpc. § 1. p. 8. chodzi o zasady podstawowe obowiązującego w Polsce porządku publicznego (n. p. co do niewolnictwa, zmuszenia do zawarcia małżeństwa, zmiany religji itp.[64]). Nie można tu zaliczyć przypadków wymienionych w §. 81. pkt. 2. ord. egz. austr., wedle którego nie wykonywano w Austrji wyroku zagranicznego, o ile zasądzał na czynność niedozwoloną lub niewykonalną *(nicht erzwingbar)*. Zaliczano tu skargi o zapłatę pretensji z gry, lub pochodzącej z zakupna zakazanych losów itp.[65]). Wyroki zagraniczne orzekające w takich sprawach trudno uznać za sprzeczne z podstawowemi zasadami porządku publicznego, można je jednakże uznać za sprzeczne z dobremi obyczajami. Tak samo rozstrzygać należy roszczenia o zapłatę za pośrednictwo w małżeństwie, z czynności lichwiarskiej i t. p.[66]).

Pamiętać jednak należy o tem, że pojęcia powyższe, jakkolwiek bardzo nieuchwytne, nie mogą być zanadto szeroko interpretowane i że różnica w treści prawa między dwoma państwami lub brak ustawowego uregulowania w danem państwie nie oznacza jeszcze sprzeczności z podstawowemi zasadami tu obowiązującemi lub z dobremi obyczajami, jak to mylnie przyjmował Savigny.

[63]) **Meili**, str. 540.
[64]) **Walker:** Streitfragen, str. 202.
[65]) **Pollak:** System der östr. Zivilprocessordnung, str. 251.
[66]) **Neuman:** Kommentar zur E. O. str. 294.

Sędzia rozpatrujący wyrok zagraniczny z punktu widzenia art. 528. pkt. 8., winien brać za podstawę stan faktyczny ustalony w zagranicznym wyroku, a nie może sobie sam stwarzać nowego stanu faktycznego.

Jeśli orzeczenie zagraniczne odpowiada powyższym wymogom, winno ono być wykonane[67]).

Czy dobre obyczaje są faktem czy też pojęciem wzgl. problemem prawnym? — Pytanie to ma nie tylko charakter teoretyczny, lecz praktyczny, gdyż zależnie od odpowiedzi można wnosić skargę kasacyjną lub też nie. Uważam zgodnie z przeważającą opinją nauki, że jest to kwestja prawna. Również Sąd Rzeszy (67, 102. 48, 129) pojmuje je jako pytanie prawne i dozwala rewizji. Z judykatury polskiej zacytować tu należy orzecznictwo nie dotyczące wprawdzie samego pojęcia dobrych obyczajów, lecz pojęcia im bliskiego: „ważnej przyczyny". — Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że pojęcie to jest pojęciem prawnem (24. VI. 1927 O. S. P. VI. 40.) — niedługo zaś potem orzekł 7. I. 1928 (O. S. P. VIII. 197), że jest pojęciem faktycznem. Sam pojmuję pojęcie dobrych obyczajów jak i ważnej przyczyny jako pojęcia prawne i dlatego błędna wykładnia, lub niewłaściwe zastosowanie da się podciągnąć pod art. 426. pkt. 1. jako podstawa kasacji.

Wspomnieć jeszcze należy, że pojęcia „dobrych obyczajów" używa judykatura dla usunięcia sprzeczności prawa formalnego i materjalnego. I tak n. p. gdy powód umówił z pozwanym zawieszenie postępowania, a następnie wbrew tej umowie staje na rozprawie i uzyskuje wyrok zaoczny. Sądy wyjątkowo, wbrew zasadzie „*res iudicata pro veritate habetur*", uchylają tego rodzaju wyroki, powołując się na to, że wykonanie takiego wyroku sprzeciwia się dobrym obyczajom. Czasem orzecznictwo nie dopuszcza powództwa o restytucję stanu poprzedniego, lecz o zaniechanie robienia użytku z wyroku (S. N. austr. 8. II. 1928 [68]).

Czy dana czynność prawna sprzeczna jest z dobremi obyczajami, winien sąd z urzędu, bez zarzutu stron, rozpatrywać. Sąd nie może bowiem sankcjonować czynności, któreby sprzeciwiały się tej zasadzie.

X. Powyższy przegląd części ustawodawstwa i judykatury pozwala nam wyciągnąć pewne wnioski:

1. Zakres stosowania zasady dobrych obyczajów coraz więcej się rozszerza. Dawniej stosowano je przeważnie w prawie prywatnem, (również międzynarodowem prywatnem) — obecnie znajdujemy je w prawie gospodarczem w szerokiem tego słowa znaczeniu (prawo pracy, nieuczciwa konkurencja,

[67]) **Ehrenzweig:** Das Recht der Schuldverhältnisse, str. 625.

[68]) **Fenichel:** Polskie międzynarodowe prawo egzekucyjne wedle k. p. c. — Głos Prawa Nr. 4/1933.

o wynalazkach), oraz w k. p. c. Również judykatura coraz częściej pojęciem tem się posługuje, co pozostaje w związku z odmiennem pojmowaniem władzy sędziego.

2. Treść pojęcia tego nie łatwo daje się ustalić. Nie można go identyfikować ani wyłącznie z moralnością, ani wyłącznie z obyczajami, gdyż treść zależy od konkretnego przypadku. W każdym razie najbardziej zbliżona jest do prawdy teorja pośrednia, uznająca pewne pokrewieństwo i łączność pojęcia dobrych obyczajów tak z moralnością jak z obyczajami. Ta łączność dzisiejsza uzasadniona jest wspólnem pochodzeniem.

3. Kryterjów dla pojęcia tego szukać należy czasem w myśleniu pewnego zawodu lub stanu, (np. uczciwość kupiecka), czasem zaś w myśleniu „wszystkich sprawiedliwie myślących". Zastosowanie jednego lub drugiego zależy od okoliczności towarzyszących danemu przypadkowi.

4. Trudno też odgraniczyć pojęcie to od pokrewnego „porządku publicznego", którego to pojęcia prawo polskie też używa. W każdym razie przez zasady porządku publicznego rozumieć należy podstawowe instytucje prawne, podczas, gdy tu chodzi raczej o myślenie. Obydwa pojęcia są pojęciami prawnemi i ulegają uwzględnianiu z urzędu oraz rozpatrywaniu przez S. N.

Z charakterystyki tego pojęcia wysnuwamy wniosek, że w praktyce treść jego zależy od sędziego. Stwierdza to Dernburg w odniesieniu do § 138 kod. niem., który to przepis daje sędziemu wielkie upoważnienia. Łączy się z tem kwestja, czy sędzia ma trzymać się ustawy i poza ustawę wyjść nie powinien, czy też sędzia jest czynnikiem prawotwórczym, ustawami nie związanym.

Jest to problem dawny, który ujęty być może w zdanie: „formalizm, czy też wolne prawo?" („Freirechtschule"). Dawne prawo rzymskie było *„ius strictum"*, czysto formalne. Z biegiem czasu uzyskiwała znaczenie zasada słuszności *(„bonae fidei")*. Cicero (pro Murena) wyśmiewał formalistów, nazywając ich „cantor formularum, anceps syllabarum". Późniejszy rozwój prawa i stanowisko wobec formalizmu znalazło częściowy wyraz w powiedzeniu Celsusa: *„scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem"*. Z formalizmu prawnego wyrosła przeciwna zasada, która uwalnia sędziego od stosowania ustawy, a która nosi nazwę „szkoły wolnego prawa". Wzięła ona swój początek z pracy Kantorowicza, wydanej pod pseudonimem Gnaeus Flavius w 1906 roku: „Der Kampf um die Rechtswissenschaft". Autor łączy powstanie tej szkoły z powrotem do prawa natury następującemi słowy: „Die neue Auffassung von Recht stellt sich dar als eine Auferstehung des Naturrechts in veränderter Gestalt" (str. 10).

Celem tego kierunku jest: *„stets aber soll den Parteien im*

Zivilprozess freistehen, durch gemeinsamen Antrag den Richter von der Pflicht der Beobachtung irgendwelcher staatlichen Rechtsnorm zu entbinden" (str. 41).

Później jednak Kantorowicz te poglądy, które sędziemu dawały tak wielką władzę, odwołał.

Zwolennik tego kierunku Eugen Ehrlich uważa zwartość systemu prawnego i rzekomy brak luk za pozór i stawia zasadę: „*durch das geltende Recht über des geltende Recht hinaus*". Jedynie pełna władza sędziego daje wedle Ehrlicha gwarancję dobrego orzecznictwa. Inni uczeni szukają kryterjów stałych dla sędziego, jednak jest to praca bezcelowa. Wedle Salleillesa kryterjum takiem jest *la conscience juridique collective*. Sędzia ma wedle niego wprowadzić nowe zasady prawne, gdy te uzyskały w życiu pewne znaczenie. Sędziego uważa się wedle tych poglądów za właściwego ustawodawcę.

Po linji oddania tak wielkiej władzy sędziemu idzie art. 1. ust. 2. kod. szw.: „*Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung*".

Ustawodawstwo ostatnich lat wzmacniało władzę sędziego, a to z powodu użycia pojęć ogólnych, których treść zależała od przekonania sędziego.

Ciągłe przeobrażanie się życia społecznego i powstawanie nowych potrzeb społecznych wymaga ustawowego regulowania. Ustawodawca jednak nie może przewidzieć wszystkich możliwości i dlatego pozostawić musi znaczny zakres działania sędziemu. Wiemy, jak często ustawy posługują się pojęciem dobrej wiary, dobrych obyczajów, ważnej przyczyny i t. d., które to pojęcia dla każdego przyszłego wypadku zgóry określić się nie dadzą. Jeśli zatem postulaty szkoły wolnego prawa nie ziściły się, to jednak treść ustaw szła po linji wzmocnienia władzy sędziego. Dość zwrócić uwagę na to, że całe ustawodawstwo waloryzacyjne, tak w Polsce, jak i w Niemczech, wyrosło na tem podłożu „wyłamania się" sędziego z pod formuł przepisów, a dopiero później nadał ustawodawca tym myślom sędziego nową treść. Znaczny też jest w tym rozwoju wpływ adwokatów, jako inicjatorów nowych myśli prawnych.

To samo odnosi się do orzecznictwa w sprawach ustawy o ochronie lokatorów. Czytając wyroki S. N., gdzie jeden jest odmienny od drugiego, dopiero co w analogicznej sprawie wydanego, widzimy i stwierdzamy, że mamy tu nieraz do czynienia z t. zw. przez Niemców „*Gefühlsjurisprudenz*". Tak więc rozwój czasów ostatnich wzmocnił władzę

sędziego, jednak stało się to w istocie w ramach ustawy, a nie wbrew ustawie.

Czy jednak w Polsce może sędzia mieć władzę orzekania w b r e w u s t a w i e? — Wedle art. 77. konstytucji ust. 1. „sędziowie są w sprawowaniu swego urzędu sędziowskiego niezawiśli i p o d l e g a j ą tylko u s t a w o m". Z brzmienia tego art. wcale nie wynika, by nie można było dać sędziemu władzy takiej, jaką mu nadać pragnie szkoła wolnego prawa. Jeśli bowiem dana ustawa szeroko określi władzę sędziego, to będzie to zgodne z konstytucją.

Nadanie jednak zbyt szerokiej władzy sędziemu nie jest wskazane, gdyż społeczeństwo nie miałoby żadnej pewności, jakie stanowisko zajmie sąd w każdym konkretnym wypadku przez co obrót prawny i pewność stron byłyby zachwiane. Należy niezbędnie wymagać, aby strony mogły przewidzieć, jaki w danym wypadku wyrok sądu prawdopodobnie zapadnie. Dlatego należy dane problemy regulować ustawowo, aby nie pozostawiały bezgranicznej swobody sędziemu. Sąd i tak przy obecnej procedurze, opartej na swobodnej ocenie sędziowskiej, ocenia według własnego przekonania wiarygodność i moc dowodów (art. 250. kpc.). Ktokolwiek obznajomiony jest z techniką prowadzenia sporu, wie dobrze, jak niepewny jest każdy spór z tego powodu, iż sąd ustala stan faktyczny z całą swobodą.

Pojęcie dobrych obyczajów jest jednem z tych pojęć, które rozszerzają władzę sędziego. Główna rzecz otóż w tem, aby z władzy tej robiono odpowiedni użytek.

Sędzia okr. DR. ALFRED FISCHLER

Kraków.

O przelewie wierzytelności według kodeksu zobowiązań.

Wbrew zasadom głoszonym przez dawne prawo rzymskie, które obligację pojmowało jako węzeł osobisty łączący wierzyciela z dłużnikiem i w zasadzie nie uznawało przenoszalności wierzytelności bez zmiany stosunku obligacyjnego — ustawodawstwa późniejsze, licząc się z rozwojem życia gospodarczego, zerwały z dawnemi pojęciami, przyjmując, że wierzytelności należą również do przedmiotów majątkowych i jako takie mogą być przedmiotem obrotu i przechodzić z majątku jednej osoby do majątku drugiej. W konsekwencji tej zasady mogą być zatem wierzytelności przedmiotem przelewu (cesji) i to nietylko w drodze sukcesji uniwersalnej, lecz także w drodze sukcesji syngularnej.

Na tem też stanowisku stoją wszystkie ustawodawstwa nowożytne, a ostatnio i polski kodeks zobowiązań, wzorowany przeważnie na projekcie francusko-włoskim z r. 1927, oraz na prawie szwajcarskiem z r. 1911.

Z tego ostatniego prawa (art. 164) przejął nasz kodeks w art. 168 i 169 przedewszystkiem zasadę, że wierzyciel może bez zezwolenia dłużnika przelać swą wierzytelność na osobę trzecią, o ile to nie sprzeciwia się: a) właściwości zobowiązania; — b) przepisom ustawy lub — c) zakazowi umownemu (*pactum de non cedendo*) — np. co do udziału w spółce, z wyjątkiem przypadku, gdy nabywca (cesjonarjusz) działa w zaufaniu do odnośnego dokumentu pisemnego, w którym brak wzmianki o takiem ograniczeniu (zakazie).

Wedle kodeksu zobowiązań tylko wierzytelność jest przedmiotem cesji (art. 168 k. z.) — posiłkowo jednak stawia kodeks zasadę, podobną jak kodeks niemiecki, że przepisy o przelewie wierzytelności „stosuje się odpowiednio do ustąpienia osobom trzecim wszelkiego rodzaju praw, o ile w tej mierze nie obowiązują przepisy szczególne“ (art. 176 k. z.).

Przez przelew w ścisłem tego słowa znaczeniu rozumiemy umowę (akt prawny), którą dotychczasowy wierzyciel przenosi swą wierzytelność na osobę drugą. W stosunku między wierzycielem a nabywcą wstępującym w jego prawa ma przelew charakter kausalny (*causa solvendi, obligandi lub donandi*) — na zewnątrz jednak, to jest wobec dłużnika, przelew jest czynnością abstrakcyjną, *cessus* bowiem nie ma prawa ani obowiązku badania stosunku wewnętrznego między jego wierzycielem a cesjonarjuszem, i nie może kwestjonować ważności przelewu dla braku tytułu.

Nabywca wstępuje w prawa wierzyciela już z chwilą zawarcia u m o w y o przelew wierzytelności, przyczem wraz z wierzytelnością przechodzą na niego wszelkie związane z nią prawa, w szczególności prawo do zaległych odsetek, jeżeli nie umówiono się inaczej (art. 170 k. z.).

W zasadzie przedmiotem przelewu może być każda wierzytelność — chyba, że sama natura stosunku obowiązkowego, „właściwość zobowiązania“ albo ustawa temu się sprzeciwia.

Przeciwny n a t u r z e s t o s u n k u, a więc i nieprzenaszalny, byłby przelew wierzytelności, który nie mógłby się odbyć bez zmiany treści zobowiązania, np. praw utrzymania, praw do usług osobistych i wogóle tam, gdzie chodzi o wierzytelności ściśle osobiste, złączone tak silnie z osobą uprawnionego, że nie mogą być od niego odłączone. (vide §. 1393. k. c. austr., który je nazywa prawami „przyklejonemi“ do osoby).

Z pośród zakazów przenaszalności wierzytelności z u s t a w y wynikających jako najbardziej znane, należy wymienić: zakaz rozporządzania wierzytelnością zajętą egzekucyjnie (art. 631. §. 1. kpc.), zakaz zastawiania lub odstąpienia praw

robotników względnie pracowników umysłowych (rozp. Prez. Rzp. z 16/3 1928 i art. 444 k. z.), zakaz ustępowania prawa do pobierania uposażenia (art. 50 ust. o państw. służbie cyw. z 17. II. 1922), dalej zakaz wynikający z przepisów o prawie odkupu lub pierwokupu (art. 344, 350 k. z.) i t. p:

Przelew wierzytelności winien być wedle art. 172. k. z. stwierdzony pismem — co jednak nie odnosi się do przelewu wierzytelności z dokumentu na okaziciela, cesja bowiem takiego dokumentu następuje przez wydanie dokumentu (tradycję).

Przelew jednak nie traci ważności mimo braku formy pisemnej — skoro art. 172 k. z. nie wymaga zachowania tej formy pod rygorem nieważności (vide art. 109, 110 k. z.), może więc być i ustny, a brak tej formy ma tylko to znaczenie, że w razie sporu niedopuszczalny byłby dowód ze świadków bez zgody obu stron.

O ile jednak chodzi o przelew tytułem darowizny, to musi być odpowiednio zastosowany przepis art. 358 k. z., wedle którego do ważności darowizny koniecznem jest, by oświadczenie darczyńcy (wierzyciela) sporządzone było we formie aktu notarjalnego, jeżeli przysporzenie majątkowe na rzecz obdarowanego nie następuje przez samo zawarcie umowy lub równocześnie z nią. Jednak zapłata przelanej wierzytelności przez dłużnika uchyla i w tym wypadku skutki braku formy.

Kwestję, kiedy dłużnik ma dokonać zapłaty wierzytelności do rąk nabywcy, normuje kodeks w ten sposób, że wymaga wprawdzie zawiadomienia dłużnika przez zbywcę lub nabywcę o przelewie, i to na piśmie, ale nie czyni ważności przelewu zależną bezwzględnie od formalnego zawiadomienia. W konsekwencji więc nie wolno dłużnikowi płacić dawnemu wierzycielowi, jeżeli skądkolwiek wiedział o dokonanym przelewie. Z chwilą zatem, gdy wiadomość taką uzyskał, nie może dłużnik, bez narażenia się na odpowiedzialność wobec nabywcy, świadczyć dawnemu wierzycielowi, choćby nie otrzymał jeszcze formalnego zawiadomienia na piśmie, ani od wierzyciela, ani od nabywcy (art. 173). — Ciężar dowodu, że dłużnik wiedział o dokonanym przelewie, czy to w chwili zapłaty długu, czy też w chwili zawarcia czynności z poprzednim wierzycielem, spoczywa oczywiście na nabywcy.

Słusznie w tej kwestji zauważa prof. Till w motywach do projektu prawa o zobowiązaniach, że „dłużnik, który płaci dawnemu wierzycielowi, chociaż wie o przelewie, działa niewątpliwie świadomie na szkodę nabywcy i nie zasługuje na ochronę — formalne zaś zawiadomienie dłużnika może często ulegać trudnościom: dlatego też z chwilą, gdy otrzymał wiadomość o przelewie, choćby niesprawdzoną, płacić może dawnemu wierzycielowi tylko na własne ryzyko".

Jak z jednej strony nabywca wstępuje w prawa wierzy-

ciela z chwilą zawarcia umowy o przelew wierzytelności — tak z drugiej strony dłużnik zachowuje przeciw nabywcy tesame zarzuty, jakie mógłby podnieść przeciw zbywcy (dawnemu wierzycielowi) w chwili powzięcia wiadomości o przelewie. Zarzuty te dotyczyć mogą zarówno powstania jak i zmiany lub zgaśnięcia zobowiązania wobec zbywcy (nieważność, przedawnienie, zapłata, kompenzata itp.).

Na wzór prawa szwajcarskiego (art. 168/3) kodeks zabezpiecza wkońcu zarówno dłużnika jak i strony, między któremi „toczy się spór o to, która z nich jest wierzycielem" — w ten sposób, że każda strona procesowa może żądać od sądu, aby do czasu ukończenia procesu nakazał dłużnikowi wstrzymać się z zapłatą długu lub złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego, jeżeli dług jest wymagalny (art. 175).

Nową instytucję tzw. *subrogacji osobowej (la subrogation dans les droits du créancier* — podstawienie w prawa wierzyciela) wprowadza kodeks zobowiązań w osobnym rozdziale obejmującym art. 177—181. — Instytucję tę, zbliżoną bardzo do przelewu, przejął nasz kodeks częścią z kodeksu Napoleona, częścią zaś z austr. kod. cyw. Por. art. 178 k. zob. z art. 1250 K. Nap. i z § 1422 austr. K. c. — por. też art. 179 p. 1) k. zob. z art. 1251 p. 1. kod. Nap. oraz § 462 austr. k. c., nadto por. p. 2 art. 179 k. zob. z §§ 1358 i 1422 austr. k. c. — Zob. do tego E h r e n z w e i g, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1928, §§ 311 i 342; P l a n i o l. O zobowiązaniach. przekład J. Namitkiewicza. 1928, poz. 473—521).

Chodzi tu o cesję *sui generis*, a w szczególności o przeniesienie wierzytelności bądź to przez podstawienie u m o w n e tj. za wolą wierzyciela, bądź też o przeniesienie wierzytelności przez podstawienie z mocy s a m e g o p r a w a (subrogację u s t a w o w ą).

Wedle art. 177 k. z. każda osoba trzecia, spłacająca wierzyciela, może wstąpić w jego prawa, czy to z mocy umowy, czy też *ipso iure*. Wśród jakich okoliczności i jakie osoby korzystają z podstawienia w obu tych wypadkach, określają dokładnie przepisy art. 178 i 179 k. z.

Wstąpienie w prawa wierzyciela jest w szczególności u m o w n e:

1) gdy wierzyciel, otrzymując zapłatę od osoby trzeciej, podstawia ją w swe prawa — przyczem podstawienie to powinno być w y r a ź n e i r ó w n o c z e s n e z z a p ł a t ą (= p. 1 art. 178);

2) gdy dłużnik spłaca wierzyciela sumą, pożyczoną w celu zapłacenia długu i podstawienia wypożyczającego w prawa wierzyciela; by podstawienie to było ważne, potrzeba, aby oświadczenie o zaciągnięciu pożyczki, pokwitowanie jej odbioru i pokwitowane spłaty wierzyciela sporządzone były w jednym akcie p r z e d n o t a r j u s z e m, oraz aby w ak-

cie mieściło się oświadczenie, że spłata dopełniona została pieniądzmi, dostarczonemi w tym celu przez nowego wierzyciela (= p. 2 art. 178).

Ustęp p. 2 art. 178 k. z. dotyczy otóż jedynie subrogacji umownej, zdziałanej przez dłużnika (vide art. 1250 ust. 2 kod. Nap.), a ustanowione w tym szczególnym wypadku rygory mają na celu zapobieżenie nadużyciom ze strony dłużnika. W praktyce wypadek taki będzie w naszych warunkach przypuszczalnie bardzo rzadki.

Wstąpienie w prawa wierzyciela *ipso iure* następuje po myśli art. 179 k. z.:

1) gdy wierzyciel spłaca innego wierzyciela, mającego przed nim pierwszeństwo co do zaspokojenia (np. wcześniejsza hipoteka, wierzytelność komisanta z art. 165 k. h.);

2) gdy kto płaci cudzy dług, za który odpowiada osobiście albo pewnemi przedmiotami majątkowemi (np. współdłużnik solidarny, poręczyciel rzeczowy (vide § 1358 k. c. austr.).

Czy trzeci płaci dług z wolą lub w porozumieniu z dłużnikiem jest rzeczą zupełnie obojętną.

W każdym z tych wypadków subrogacji zaspokojony wierzyciel obowiązany jest osobie, wstępującej w jego prawa, wydać dokumenty dotyczące wierzytelności oraz przedmioty, służące do jej zabezpieczenia (art. 180 k. z. — por. § 1358 austr. k. c.).

Gdy jednak pierwotny wierzyciel został tylko w części zaspokojony, nie może on doznać szkody z powodu wstąpienia umownego czy też z mocy ustawy (nemo contra se subrogat); może więc w takim przypadku wykonać swe prawa co do pozostałej należności z pierwszeństwem przed tym, od którego otrzymał tylko częściową zapłatę, chyba, że zrzekł się tego pierwszeństwa (art 181 k. z. — por. art. 1252 kod. Nap.).

Z zasad tych wynika pewna różnica między przelewem a podstawieniem; podczas, gdy bowiem przelew wierzytelności zależy w y ł ą c z n i e od woli wierzyciela, przy podstawieniu zgoda wierzyciela niezawsze jest konieczna (subrogacja dłużnika z art. 178 p. 2 i wstąpienie w prawa wierzyciela *ipso iure*, art. 179). Ponadto — jak wyżej wspomnieliśmy — podstawiony może domagać się od dłużnika tylko tyle, ile zapłacił, bez szkody dla prawa pierwotnego wierzyciela ściągnięcia reszty od dłużnika, podczas, gdy nabywca (cesjonarjusz) może żądać od dłużnika całej przejętej wierzytelności.

W każdymbądź razie ani przelew ani podstawienie nie zmienia w zasadzie położenia prawnego dłużnika, ani też treść i sposób wykonania jego świadczenia nie doznaje wskutek tego zmiany.

Dłużnik ma też zawsze przeciw nabywcy nietylko zarzuty, jakie w chwili cesji przysługiwały mu przeciw zbywcy tj. pierwotnemu wierzycielowi (art. 174), ale też i zarzuty, przy-

sługujące mu wedle ogólnych zasad wprost i bezpośrednio przeciw samemu nabywcy (zapłata. kompenzata. zrzeczenie się itp.). Taksamo było i dotąd w kod. niem. (§ 404), kod. austr. (§ 1394, 1396) i w kod. Nap. (art. 1692).

Zarzuty te może oczywiście podnosić nietylko *excipiendo,* ale i drogą pozwu, np. z art. 366 kpc.

Z natury samego stosunku (zmiana uprawnionego), wynikałoby, że przelew wierzytelności na samego dłużnika nie jest dopuszczalny — zwłaszcza przy sukcesji szczególnej — a miałby jedynie znaczenie zwolnienia go od zobowiązania (długu) po myśli art. 270 k. z. (vide § 1445, 666 k. c. austr.):

Wkońcu zaznaczyć należy. że kodeks zobowiązań w dziale I Tytułu III „o zmianie wierzyciela" (art. 168—188) nie zawiera przepisów o odpowiedzialności zbywcy z tytułu rękojmi, kierując się zasadą, że odpowiedzialność ta wypływa z kontraktu obligacyjnego, który jest podstawą przelewu wierzytelności. Gdy przelew jest odpłatny, a nabywca ma wątpliwości, czy wierzytelność jest lub może być nieściągalną, winien albo zaniechać nabycia, albo też żądać wyraźnej gwarancji — przepis bowiem art. 312 k. z. w rozdziale o rękojmi za wady prawne wyklucza wyraźnie odpowiedzialność sprzedawcy wierzytelności za wypłacalność dłużnika w chwili przelewu, o ile sprzedawca takiej gwarancji na siebie nie przyjął.

Jeżeli sama wierzytelność nie istnieje, obowiązany jest sprzedawca do rękojmi wedle ogólnej zasady art. 306 k. z.

Mgr. W. WECHSLER
Stanisławów.

Forma umowy darowizny według kodeksu zobowiązań.

I. We wszystkich prawie ustawodawstwach cywilizowanej ludzkości umowa darowizny wymaga do swej ważności zachowania pewnej s o l e n n e j f o r m y.

Już w klasycznem prawie rzymskiem były darowizny na rzecz *personae non exceptae nieważne*, o ile natychmiast nie były wykonane (*Lex Cincia de donis et muneribus* z r. 548). Po dłuższym rozwoju, w ciągu którego przez krótki czas umowa darowizny żadnej specjalnej formy nie wymagała, doszło już w nowszem prawie rzymskiem do wytworzenia się zasady, że darowizny ponad 500 solidi wymagały sądowej insynuacji.

Ustawodawstwa dzielnicowe, obowiązujące dotychczas na ziemiach polskich — wymagają do ważności darowizny formy aktu notarjalnego w szerszym lub ciaśniejszym zakresie (zob. art. 931 kod. cyw. Nap., § 518 niem. k. c., art. 987

zwodu praw ros. (co do nieruchomości) oraz § 943 austr. k. c. i ustawa z 25/7 1871 Nr. 76 austr. Dz. u.).

Jeżeli chodzi o *ratio legis* tych utrudnień formalnych, to na pierwszy plan wysuwa się moment ochrony darczyńcy, a zwłaszcza motyw uchronienia go od zbyt pochopnego wyzucia się z majątku pod tytułem darmym i stworzenia gwarancji, że darczyńca działa z należytą rozwagą. Por. § 59 kodeksu zach. gal.: *„Um den Verdacht einer Uebereilung oder einer rechtswidrigen Verleitung auszuschliessen“*. — Por. też mowę min. Habietinka ex re ustawy z 25/7. 1871 Dz. u. p. Nr. 76 cyt. u Stubenraucha VIII. wyd. T. II. str. 133). Niektórzy podkreślają też motyw ochrony wierzycieli przed aktami pozornemi. (Silnie np. podkreśla ten moment orz. Gl. U. Nr. 5607):

Zdania co do wartości i potrzeby przepisów ustanawiających specjalne wymogi formalne dla umowy darowizny są podzielone. Podczas, gdy w prawie francuskiem rozwój nauki i judykatury szedł w kierunku liberalnego traktowania wymogów formalnych, i to nawet często w drodze interpretacji *contra legem,* w prawie austrjackiem sprawa ta przybrała inny obrót.

Przepis § 943 poaustr. u. c. wymaga dla darowizn bez rzeczywistego oddania jedynie formy pisemnej i to do zaskarżalności umowy; ustawa z 29/9 1850 Dz. u. p. Nr. 336 oraz wydana w jej miejsce ustawa z 25/7 1871 Dz. u. p. Nr. 76 wymagają już do umowy darowizny bez rzeczywistego oddania formy aktu notarjalnego i to do ważności umowy. W stosunku otóż do obecnego stanu prawnego istniejącego na obszarze obowiązywania prawa austrjackiego, polski kodeks zob. wprowadza doniosłe zmiany. Stanowisko kodeksu występuje b. plastycznie na tle kontrowersyj, które istniały pod rządem ustawy austr. z r. 1871. Według bowiem tej ustawy nie wymagały formy aktu notarjalnego darowizny z rzeczywistem oddaniem *(„wirkliche Uebergabe“).* Znaczenie rzeczywistego oddania jest w nauce i orzecznictwie sporne. Tłumaczenie, które uważać można jako panujące w judykaturze, pojmuje „rzeczywiste oddanie“ jako oddanie fizyczne. przenoszące przedmiot darowizny ze sfery władania darczyńcy w posiadanie obdarowanego.

Tylko w ten sposób tworzy „oddanie“ dostateczne podstawy do przyjęcia prawdziwej woli czynienia darowizny. (Tak uzasadnienie judykatu Nr. 142 z 20 czerwca 1899 Gl. U. n. F. Nr. 650). Zwolennicy tego poglądu podkreślają szczególnie dobitne słowo „rzeczywiste“. wskazujące, że oddanie musi być specjalnie ukwalifikowane, naprawdę rzeczywiste. Obdarowany nie musi więc zawsze stać się właścicielem darowanego przedmiotu, zawsze jednak musi nabyć posiadanie i dzierżenie (Ehrenzweig: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1928, str. 369). Według tej interpretacji, rzeczywistem oddaniem bę-

dzie przy ruchomościach *traditio longa manu*, oddanie przez znaki, które również uważa się za akt aprehenzji rzeczywistej, fizycznej, z oddaniem przez znaki łączy się bowiem również wprowadzenie odbiorcy w rzeczywistą detencję. (Zoll: Prawo cywilne. Tom I. str. 299). Nie wystarcza natomiast *constitutum possessorium*, któremu brak tych dobitnych cech rzeczywistego, fizycznego oddania. Przy cesji wierzytelności pod tytułem darmym wymaga wyżej wspomniany judykat Nr. 142 aktu notarjalnego lub oddania „przez znaki" po myśli §-fu 427 u. c., a w motywach jako takie znaki wymieniono oddanie dokumentu dowodowego lub zawiadomienie dłużnika.

Jeżeli zaś chodzi o taką umowę darowizny, której przedmiot nie może być oddany w rozumieniu tą wykładnią ustalonem, niektórzy żadnej formy do ważności umowy nie wymagali, niektórzy zaś wymagali zawsze formy notarjalnej.

Pierwszy pogląd jako sprzeczny z celem ustawy z r. 1871 słusznie w praktyce zarzucono. Inaczej pojmuje naturę rzeczywistego oddania Frankl w pracy: Die Formerfordernisse der Schenkung (Graz, 1883). Rzeczywiste oddanie według Frankla oznacza (jak Jaworski k. c. 1903 T. II. str. 515 ujmuje kwintesencję wywodów Frankla) natychmiastowe wykonanie umowy, natychmiastowe przeniesienie przedmiotu darowizny, natychmiastową realizację prawnego skutku, do którego osiągnięcia darowizna jest skierowana. Forma notarjalna wymagana jest zatem według Frankla tylko wtedy, gdy wykonanie świadczenia na podstawie umowy darowizny nie następuje równocześnie z zawarciem umowy, gdy zatem te dwa momenty są czasowo od siebie przedzielone. (L. c. str. 38).

Kodeks zobowiązań w art. 358 (zgodnym w rzeczy samej z art. 67 części szczegółowej proj. Tilla i Longchamps'a) wymaga do ważności darowizny, aby oświadczenie darczyńcy sporządzone było we formie aktu notarjalnego „jeżeli przysporzenie majątkowe na rzecz obdarowanego nie następuje przez samo zawarcie umowy lub równocześnie z nią" — a to z tego względu, „że wola darmego wyzucia się z majątku, powinna być zamanifestowana w sposób wykluczający wszelkie wątpliwości". (Obj. Tilla i Longchampsa. P. P. A. r. 1928 str. 197).

Formę aktu notarjalnego zastępuje wykonanie darowizny, przyczem zgodnie z konstrukcją darowizny jako umowy o treści obligacyjnej (art. 354 por. Till, l. c. str. 186 i n.) postanawia kodeks, że formy aktu notarjalnego nie wymaga się, gdy przysporzenie majątkowe następuje przez samo zawarcie umowy lub równocześnie z nią. Pytanie, kiedy akt notarjalny nie jest wymagany, rozwiązuje więc kodeks zgodnie z wyżej przedstawioną wykładnią Frankla.

Akt notarjalny nie jest zatem według kodeksu wymagany wtedy, gdy przez samą umowę lub równocześnie z nią nastę-

puje wykonanie jej, czyli realizacja, gdy zatem przysporzenie majątkowe, będące przedmiotem darowizny, równocześnie z umową przechodzi z majątku darczyńcy do majątku obdarowanego. Kiedy zaś trzeba przyjąć, że ten skutek zaistniał, to zależeć będzie od przedmiotu darowizny i od przepisów prawnych tę kwestję normujących, tak samo, jak przy sprzedaży. Jeżeli przysporzeniem ma być własność rzeczy, rozstrzygać będą przepisy prawa rzeczowego, stanowiące, kiedy własność przechodzi, jeżeli zaś przedmiotem darowizny jest inne prawo majątkowe, rzeczowe czy obligacyjne — odnośne przepisy prawa rzeczowego czy obligacyjnego. Zauważyć przytem należy, że kodeks wymaga formy notarjalnej tylko dla oświadczenia darczyńcy, natomiast przyjęcie przez obdarowanego tej formy nie wymaga — zgodnie z prawem niemieckiem, a odmiennie niż prawo austrjackie i prawo francuskie, wedle którego wystarcza wprawdzie przyjęcie późniejsze, ale musi ono nastąpić w wyraźnych słowach — *„en termes exprès"* i to również w akcie „autentycznym" czyli urzędowym (art. 932).

II. Przechodząc do kwestji wykonania wzgl. realizacji darowizny, która usuwa potrzebę zachowania formy notarjalnej, to odnośnie darowizny ruchomości, umowę ze stanowiska prawa rzeczowego austrjackiego uważać należy za wykonaną, gdy rzecz zostanie obdarowanemu oddana w jeden ze sposobów przewidzianych w §§ 426 i n. austr. u. c. Ze stanowiska tego kodeksu również i *constitutum possessorium* jest wykonaniem umowy, podobnie, jak inne sposoby oddania, bo przenosi ono własność, a pytanie, czy zawiera ono w większym lub mniejszym stopniu element fizycznego oddania, jest dla kodeksu obojętne. Podobnie też obojętną jest rzeczą, czy oddanie przez znaki jest tradycją symboliczną, czy też wyraża ono też tylko oddanie fizyczne, a która to kwestja w nauce prawa austrjackiego była tak żywo roztrząsana w związku z wymogiem „rzeczywistego oddania" przy darowiznach. (Por. Frankl l. c. str. 58).

Według kodeksu zobowiązań tradycja, jako wykonanie umowy darowizny, nie jest przywiązana do innych ani markantniejszych form oddania, niż przy umowie odpłatnej.

Wątpliwości mogą powstać, o ile przedmiotem darowizny jest nieruchomość, co na tle prawa austrjackiego było kwestją sporną. Rozstrzygnięcie jej zależy od dwóch momentów: a) od znaczenia, jakie się przypisuje wymogowi „rzeczywistego oddania" — oraz: b) od tego, przez jaki akt nabyć można własność nieruchomości. W świetle wykładni, która w „rzeczywistem oddaniu" widzi wymóg oddania posiadania, a nie koniecznie realizację umowy darowizny tj. przejście własności, pytanie b) jest obojętne.

Stojąc nawet na gruncie bezwzględnej zasady wpisu (sław-

ny judykat Nr. 186 Gl. U. n. F. 4359), umowę darowizny uznać należy za ważną, skoro nieruchomość oddana została obdarowanemu w posiadanie, zaś na podstawie tej ważnej umowy, może już obdarowany dochodzić zupełnego wykonania tej umowy tj. przeniesienia prawa własności. (Tak przeważnie orzecznictwo np. Gl. U. 14039, n. F. 748, 1484 i inne). Jeżeli jednak przez rzeczywiste oddanie nie rozumie się oddania w posiadanie, lecz „realizację skutku prawnego, do którego osiągnięcia darowizna jest skierowana, to umowę darowizny, mającą za przedmiot nieruchomość, można uważać za wykonaną dopiero z nabyciem przez obdarowanego własności, a w konsekwencji odpowiedź na pytanie: czy tradycja uchyla wymóg formy notarjalnej, sprowadza się do zagadnienia: czy własność nieruchomości nabyć można tylko przez wpis, czy też przez tradycję. (Tę ostatnią tezę uzasadnił Zoll w szeregu rozpraw, por.: Zoll, Prawo cywilne cz. og. str. 387 i n., a przyjął ją nasz Sąd Najwyższy).

Wobec znanego nam stanowiska kodeksu w przedmiocie wymogu formy aktu notarjalnego dla umowy darowizny oraz panujących obecnie poglądów w kwestji nabycia własności na nieruchomościach przez tradycję, należałoby zatem uważać, że tradycja uchyla potrzebę formy aktu notarjalnego dla umowy darowizny nieruchomości. Jednakowoż, o ile ze względu na tytuł wystarczyłaby tylko tradycja, to umowa darowizny nieruchomości ze względu na przedmiot podpada równocześnie pod art. 82 § 1 prawa o notarjacie, wedle którego umowy o przejście, ograniczenie lub obciążenie prawa własności na nieruchomościach, powinny być pod nieważnością samej umowy sporządzane we formie aktu notarjalnego.

Podobnie też ma się rzecz i przy późniejszem wykonaniu umowy. Kodeks zobowiązań nie zawiera przepisu anal. do § 1432 austr. u. c., według którego wykonanie umowy nieważnej tylko z powodu niezachowania przepisanej formy, sanuje ten brak, lecz przeciwnie: przewiduje możność żądania zwrotu otrzymanego świadczenia wrazie nieważności zobowiązania (art. 130) bez rozróżnienia przyczyn nieważności. Tylko przy umowie darowizny, późniejsze wykonanie jej, usuwa brak formy (art. 358).

Ale przy umowie darowizny nieruchomości, skutek ten ze względu na art. 82 prawa o notarjacie nie będzie mógł być przyznany „wykonaniu darowizny". Tak więc ogólna reguła art. 358 k. z. doznaje wyjątku ustanowionego w art. 82 pr. o not. Przy umowie darowizny mającej za przedmiot nieruchomość, forma aktu notarjalnego zawsze jest wymagana.

Należy przyznać, że wynik ten utrudnić może w pewnej mierze popełnianie nadużyć, których ofiarami w tej dziedzinie stawali się dotychczas wierzyciele „darczyńcy". Zbyt dobrze znane są z praktyki owe deklaracje „uzgadniające" stan hipo-

teczny ze stanem faktycznym, w których rzekomy darczyńca zezwala na wpis prawa własności realności już „od lat“ obdarowanemu w posiadanie oddanej. Praktyka sądów przeważnie termin zaczepienia liczyła nie od dnia wpisu, lecz faktycznego zawarcia umowy, a wierzyciele skutkiem upływu tego terminu nie mogli korzystać ze skargi zaczepnej. — (Por. co do tego Kurzer: O zaskarżeniu czynności dłużnika zdziałanych ze szkodą wierzycieli — Gł. Pr. 1933, Nr. I. str. 28).

Obecnie takie fikcyjne interesy zdziałane w ostatniej chwili nie będą już tak łatwo wykonalne. Akt notarjalny wraz z tradycją nie zapobiega wprawdzie sam przez się dalszym nadużyciom, polegającym na tem, że wierzyciele o całej umowie nic nie wiedzą i zwodzeni przez niesumiennego dłużnika i ufając jego dobrym stosunkom majątkowym, nie wnoszą pozwów, a dopiero po kilku latach dowiadują się o tranzakcji.

Z drugiej strony atoli wobec osnowy art. 82 pr. o not. wydaje się wogóle rzeczą wątpliwą, czy wywalczona z takim trudem zasada o przejściu własności nieruchomości przez tradycję wogóle się utrzyma i czy nie zatriumfuje z powrotem bezwzględna zasada wpisu. Słusznie też w dyskusji nad tym artykułem podniesiono, że wrzyna się on głęboko w dziedzinę prawa materjalnego, zwłaszcza rzeczowego przed ujednostajnieniem tego prawa.

Jeżeli ustawodawca uznał, że tradycja przenosi własność nieruchomości, to liczył się niezawodnie z tem, że ludność, zwłaszcza wiejska, zawiera umowy ustne, nie troszcząc się o wpis ani o formalne stwierdzenie umowy, a nie w celu zaoszczędzenia jej wniesienia zaopatrzonego we wszystkie formalności dokumentu do ksiąg gruntowych. Rozumie się, że skutki wyżej przedstawione można było osiągnąć w innej drodze, jak przez art. 82 prawa o not.

Zasady dotyczące własności nieruchomości obowiązują również co do innych, ograniczonych praw na nieruchomości np. służebności lub zastawu. — Zagadnienie formy przy ustanowieniu prawa zastawu może, ze względu na art. 82 pr. o not., uzyskać praktyczne znaczenie tylko wtedy, gdy przedmiotem zastawu są ruchomości lub inne prawa majątkowe. Kodeks z rozmysłu nie rozstrzyga pytania, czy objęcie zabezpieczenia jest, wzgl. może być, w stosunku do wierzyciela darowizną, pozostawiając rozstrzygnięcie judykaturze. (Till i Longchamps: l. c. str. 192). Kwestja ta jest bardzo wątpliwa, brak tu bowiem najistotniejszej cechy darowizny, mianowicie zbogacenia, które musi być zbogaceniem w znaczeniu prawnem, a więc musi polegać na powiększeniu majątku obdarowanego przez nabycie nowych praw, a nie wystarcza zbogacenie w rozumieniu gospodarczem, które może polegać na zwiększeniu pewności już istniejących praw. (Till i Longchamps, l. c. str. 189). Ze stanowiska prawnego bo-

wiem wierzytelność pozostaje taką samą wielkością bez względu na zabezpieczenie, a względnie na widoki ściągnięcia.

W każdym razie w tych przypadkach, w których ustanowienie zastawu wypadnie uznać za darowiznę, wykonaniem umowy będzie przy ruchomościach oddanie rzeczy w sposób przewidziany w §§ 451, 452 austr. u. c., przy wierzytelnościach zaś prawo zastawu powstaje czyli umowa jest wykonana przez zawiadomienie dłużnika (orz. Gl. U. n. F. Nr. 4833), a jeżeli chodzi o wierzytelność z papieru na okaziciela lub legitymacyjnego — przez wydanie papieru.

Jeżeli przedmiotem prawa zastawu są prawa hipoteczne, akt notarjalny zawsze jest wymagany, bo prawo zastawu powstaje na nich przez wpis (§ 445 u. c.), a do wpisu potrzebny jest dokument wystawiony w formie przepisanej do ważności umowy (§ 26 ust. hipot.).

Jeżeli chodzi o cesję wierzytelności *donandi causa*, to akt notarjalny nie jest potrzebny, gdyż przysporzenie będące treścią tej umowy tj. przejście wierzytelności na obdarowanego dokonuje się już z chwilą zawarcia umowy (art. 170 § 1 k. z.), przy wierzytelnościach zaś z dokumentu na okaziciela potrzeba wydania dokumentu (art. 171). — Również zwolnienie dłużnika od zobowiązania (art. 270) nie wymaga formy aktu notarjalnego, gdyż przysporzenie majątkowe następuje tu przez samo zawarcie umowy. Tak samo, gdy co do wierzytelności istnieje dokument dowodowy, nie jest potrzebne wydanie dokumentu. Przy wierzytelnościach z dokumentów na okaziciela musi nastąpić zwrot dokumentu.

III. Sporną jest kwestja, czy również zobowiązanie „abstrakcyjne", zaciągnięte *donandi causa*, wymaga do swej ważności formy aktu notarjalnego. Aby odpowiedzieć na to pytanie, rozważyć musimy, w jakich granicach i z jakiemi skutkami prawnemi obowiązujące u nas ustawy, a w szczególności kodeks zobowiązań, znają wogóle umowy abstrakcyjne.

Zasadniczo ważność i skutki prawne każdej umowy zawisłe są od jej „przyczyny" *(causa)*, czyli od „tytułu" zobowiązania. (Tak wyraźnie art. 1131 Kod. Nap.). O umowach abstrakcyjnych mówi się wtedy, jeżeli do ich treści i ważności wyrażenie przyczyny prawnej wzgl. tytułu nie należy. W ustawodawstwie pozytywnem nie spotykamy się jednak z takiemi typami umów abstrakcyjnych, któreby w stosunku między układającemi się stronami odpowiadały teoretycznej definicji umów abstrakcyjnych. Do t. zw. zobowiązań abstrakcyjnych zalicza się przedewszystkiem czek, weksel, oraz inne dokumenty, przenoszone przez indos, a ze stosunków obligacyjnych unormowanych przez kodeks należą tu dokumenty na okaziciela (art. 225 k. z. oraz przekaz w stosunku między przekazanym a odbiorcą przekazu — art. 614).

Kodeks zobowiązań nie zna, podobnie jak prawo austrjackie, a odmiennie niż prawo niemieckie i francuskie, abstrakcyjnych przyrzeczeń długu, któreby same wystarczały do uzasadnienia roszczenia. Te otóż znane prawu pozytywnemu zobowiązania, które określamy mianem zobowiązań abstrakcyjnych, są prawdziwemi zobowiązaniami abstrakcyjnemi tylko w stosunku między zobowiązanym, a trzecim uprawnionym. W stosunku zaś między stronami, które związane są umową jako bezpośredni kontrahenci, abstrakcyjność tych zobowiązań ma znaczenie tylko formalno-procesowe. Powód nie potrzebuje bowiem wykazywać ani udowadniać przyczyny prawnej zobowiązania *(causa debendi)* Doliński: Prawo wekslowe str. 104. Materjalno-prawnie rzecz biorąc, dłużnik może odsłonić tę przyczynę prawną i w drodze zarzutu dochodzić wszelkich jej braków i wadliwości. Tylko wobec osoby trzeciej, która stała się wierzycielem przez indos lub nabycie papieru na okaziciela, dłużnik nie może powołać się na braki lub wadliwości przyczyny prawnej.

Widzimy więc, że w stosunku między stronami będącemi bezpośredniemi uczestnikami umowy, niema takich zobowiązań abstrakcyjnych, przy których „*causa*" nie byłaby składnikiem ich treści. Również i te zobowiązania, t. zw. abstrakcyjne, są pod względem materjalno-prawnym silnie związane z podstawą prawną, a jedynie w stosunku do osób trzecich następuje oderwanie zobowiązania od jego podstawy prawnej. Słusznie też podnosi Krainz (System 1907. Tom II. str. 101) odnośnie papierów na okaziciela, że nie można tu mówić o zobowiązaniu bez przyczyny prawnej. Istniejący między wierzycielem a dłużnikiem stosunek prawny rozpada się przez wystawienie papieru na okaziciela na dwa stosunki obligacyjne, mianowicie na stosunek obligacyjny wyrażony w dokumencie i na stosunek stworzony z pozostałych elementów pierwotnego stosunku, w którym występuje „*causa debendi*". Między uczestnikami umowy jeden stosunek zależny jest od losów drugiego, a tylko wobec trzeciej osoby oderwanie stosunku wyrażonego w dokumencie od stosunku drugiego jest zupełne.

Z tego okazuje się zatem, że wystawienie pod tytułem darmym t. zw. dokumentu abstrakcyjnego, np. wekslu, nie może darczyńcy zwolnić od wymogu formy notarjalnej. — Kodeks niemiecki wyraźnie wymaga formy notarjalnej, gdy pod tytułem darmym zaciągnięto zobowiązanie abstrakcyjne (§ 518 zd. II), a na tem stanowisku stała też, z małemi wyjątkami, judykatura pod rządem prawa austrjackiego. (Tak również Jaworski l. c. str. 518, Stubenrauch wyd. VIII/I. str. 135; odmiennie Frankl l. c., str. 103, z argumentacją, że przy zobowiązaniach abstrakcyjnych pojęciowo abstrahuje

się od tytułu. Ustawa jednak takiego pojęcia zobowiązań abstrakcyjnych w stosunku między stronami nie zna).

Przeciw bezpośredniemu kontrahentowi mogą też być podniesione wszelkie zarzuty odnoszące się do podstawy prawnej, bez względu na to, czy dotyczą jej braków materjalnych czy formalnych. Tylko przeciw osobie trzeciej, będącej w dobrej wierze, zarzuty dotyczące podstawy prawnej, czy to w kierunku materjalnym, czy też w kierunku formalnym, nie mogą być podnoszone. W kwestji dopuszczalności tego rodzaju zarzutów przeciw trzeciemu posiadaczowi dokumentu, wypadnie stosować zasady wyrażone w art. 16 prawa weksl. także, gdy chodzi o papier na okaziciela, choć o tem kod. zob. nie wspomina. Dla trzeciego bowiem dokument jest o tyle abstrakcyjny, o ile znajduje się on w dobrej wierze.

Ponadto również w razie, jeżeli w papierze na okaziciela wyrażona jest przyczyna prawna zobowiązania, mogą zarzuty odnoszące się do przyczyny prawnej być podniesione przeciw każdemu posiadaczowi (arg. art. 227), również, gdy w przekazie wyrażony jest tytuł *(titulierte Anweisung)*, jak np.: Zapłać okazicielowi kwotę 100, którą przyrzekłeś mi podarować, może przekazany podnieść przeciw okazicielowi zarzuty, wynikające ze stosunku łączącego go z przekazującym (art. 614), a więc w danym wypadku zarzut braku formy. Zwrotu bowiem: „jeżeli (scil. zarzuty) wynikają z treści dokumentu" (art. 227 kodeksu) wzgl. z treści przekazu (art. 614), nie można rozumieć dosłownie, że braki tytułu winny wynikać z treści dokumentu lub przekazu, lecz do możności podniesienia zarzutów wynikających z przyczyny prawnej, wystarcza. jeżeli tylko przyczyna wyrażona jest w dokumencie. W tym kierunku idzie też wykładnia identycznego zwrotu, użytego w § 1402 u. c. austr. (Por. Ehrenzweig, l. c. str. 288 i cyt. tam orzecznictwo).

IV. Kod. zob. określa darowiznę jako umowę, przyczem obdarowany nie musi zawsze być drugą stroną umowy, lecz umowa darowizny przyjść może do skutku również we formie umowy na korzyść osoby trzeciej, a wówczas stroną obdarowaną jest ta osoba trzecia (art. 354). W prawie francuskiem nie wymaga taka umowa formy aktu notarjalnego. Według motywów zaś (Till-Longchamps, l. c. str. 114) również i przy tych umowach wymaganą będzie forma aktu notarjalnego, gdyż jeszcze lekkomyślniej oświadcza się zamiar obdarzenia trzeciemu niż samemu obdarowanemu.

W każdym razie rozstrzyga wyłącznie przyczyna prawna zobowiązania promitenta, natomiast stosunek w jakim pozostaje promisarjusz do trzeciego jest obojętny. Jeżeli sprzedawca A) zastrzega, że kupujący B) ma zapłacić cenę kupna osobie C), to B) obowiązany jest z tytułu ceny kupna, w stosunku między A) i C) przyczyna prawna może być darowizną. For-

ma aktu notarjalnego nie jest potrzebna. — B) obowiązany jest oświadczyć C) tak samo jak A) i z tego samego tytułu i nie może przeciwstawić zarzutów wypływających ze stosunku A) do C). (T i l l obj. do art. 34 części og. proj. P. P. A. 1923 str. 310).

Tak więc przy umowie ubezpieczenia na korzyść osoby trzeciej (np. ubezpieczenie na życie na korzyść pewnej osoby), nie jest wymagana forma aktu notarjalnego, bez względu na to, czy między ubezpieczonym a osobą, na rzecz której świadczenie ubezpieczającego ma nastąpić, zachodzi stosunek darowizny czy nie.

Jednakowoż jeżeli A) chcąc obdarować B), który znowu chce obdarować C) zobowiązuje się wobec B) do świadczenia osobie C) — oświadczenie jego będzie musiało już nastąpić we formie aktu notarjalnego (F r a n k l, op. cit. str. 147).

Drugim typem darowizn t. zw. „pośrednich" (per interpositam personam) jest objęcie długu, poręki, zabezpieczenia i t. p. wobec wierzyciela, jeżeli w stosunku do dłużnika akt ten następuje sposobem darmym. Przysporzenie majątkowe jest tu pośrednie, następuje bowiem do majątku osoby trzeciej, która traci roszczenie do obdarowanego. Czy i kiedy akty te mogą być darowiznami w stosunku do wierzyciela, kodeks nie rozstrzyga, co wyżej już podniesiono. Natomiast wobec dłużnika oświadczenie darczyńcy wymaga formy notarjalnej. (Inaczej F r a n k l, l. c. str. 147).

Pomijając wyjątkowe wypadki, w których akty te będą darowizną w stosunku do wierzyciela, zobowiązanie darczyńcy wobec wierzyciela jest ważne bez względu na formę. Wierzyciel może zawsze żądać świadczenia, choćby między darczyńcą a obdarowanym ważna umowa nie doszła do skutku. W tym wypadku będzie płacący miał zwrotne roszczenie do dłużnika. Ponieważ jednak wykonanie darowizny uchyla skutki braku formy, to powstać może wątpliwość, czy i tu wykonanie zobowiązania tj. zapłata nie będzie mogła być uważana również za wykonanie umowy darowizny w stosunku do dłużnika. Otóż nie.

Skoro bowiem wobec wierzyciela darczyńca, a raczej obejmujący cudzy dług zawsze jest odpowiedzialny, to w razie uznania wykonania tego zobowiązania również za wykonanie darowizny w stosunku do dłużnika doszłoby do uznania nieformalnej darowizny za ważną i w ten sposób udaremnionyby został cel formy. O wykonaniu darowizny będzie można mówić w tych przypadkach dopiero wtedy, gdy płacący zrzeknie się swego zwrotnego roszczenia.

Co do darowizn mieszanych *(negotium mixtum cum donatione)* tj. gdy umowa jest wedle zamiaru stron w części

odpłatną, a w części nieodpłatną, słuszne będzie zdanie, że i tu forma notarjalna będzie potrzebna do ważności umowy. Czy jednak cały interes musi być stwierdzony aktem notarjalnym, czy tylko nieodpłatna część świadczenia, zależne będzie od tego, czy element odpłatny da się oddzielić od elementu nieodpłatnego. Przeważnie można przyjąć, iż akt notarjalny będzie wymagany do całego interesu (Frankl, l. c. str. 150; przeciw niemu Hoeniger: Die gemischten Verträge 1910, który kładzie nacisk na to, czy interes jest w przeważającej części interesem odpłatnym czy nieodpłatnym).

V. Skutki nieformalnej umowy darowizny kodeks uregulował inaczej, niż przy innych umowach nieważnych z powodu braku formy. W odróżnieniu bowiem od ogólnej reguły art. 130 nie można żądać zwrotu świadczenia spełnionego w wykonaniu formalnie nieważnej umowy darowizny (art. 358). Poza wykluczeniem *repetitio soluti*, umowa taka żadnych skutków nie wywiera, a zobowiązanie darczyńcy nie może być również uważane za zobowiązanie naturalne, bo cechą zobowiązań naturalnych jest prócz niemożności żądania zwrotu spełnionego świadczenia ich niezaskarżalność. (Por. Dodatek do Głosu Prawa, Komentarz do Kod. zob., I/34 str. 13) zaś nieformalna umowa darowizny jest nieważna.

ANTONI WŁADYSŁAW BARTZ

Jordanów.

Egzekucja z majątku niedłużnika.

Duplika.

Ze względu na wielką doniosłość zagadnienia, poruszonego przez p. Dra Fryderyka Kurzera w Jego pracach p. t. „Aberratio w postępowaniu egzekucyjnem", ogłoszonej w Nrach 4, 5, 7 i 8 Głosu Prawa z r. 1933 i „Egzekucja z majątku niedłużnika", ogłoszonej w Nrze 1 Głosu Prawa z r. 1934, pozwolę sobie jeszcze raz zabrać głos w tej sprawie.

I. Zasada, że świadczenie, należące się wierzycielowi od dłużnika, ma być uiszczone z majątku dłużnika, obowiązuje nie tylko w egzekucji, lecz także i poza egzekucją.

Jeżeli dłużnik **poza egzekucją** zaspokoił wierzyciela z majątku **trzeciego,** świadczenie otrzymane przez wierzyciela **nie zawsze** będzie jego zbogaceniem. Czy nastąpi zbogace-

nie, zależeć będzie od tego, jaki związek zachodzi między tem świadczeniem, a pozostałym majątkiem wierzyciela.

Nie będzie żadnego zbogacenia po stronie wierzyciela, jeżeli świadczenie, otrzymane przez niego od dłużnika, a pochodzące z majątku trzeciego jest tylko odpłatą za przysporzenie, które z majątku wierzyciela przeszło do majątku dłużnika. Zaistnieje zaś zbogacenie, jeżeli to świadczenie będzie nieodpłatne.

Od tego, czy wierzyciel, który od dłużnika **poza egzekucją** otrzymał świadczenie z majątku trzeciego, zbogacił się czy nie, zależą jego prawa do przedmiotu świadczenia. Jeżeli taki wierzyciel działał w dobrej wierze i nie zbogacił się, natenczas na przedmiocie świadczenia nabywa **odrazu** prawo własności (§ 367 austr. k. c.), lub prawo zastawu (§ 456 austr. k. c.) Jeżeli zaś zbogacił się, natenczas na przedmiocie świadczenia nabywa tylko posiadanie, a prawo rzeczowe może nabyć dopiero po upływie czasu zasiedzenia.

Natomiast nie ma żadnego wpływu na powstanie zbogacenia **forma**, w jakiej dokonano świadczenia. W szczególności obojętnem jest, czy dłużnik spełnił świadczenie osobiście, przez zastępcę lub przez posłańca. Jeżeli dłużnik jest pozbawiony własnowolności, obojętnem jest, czy jego zastępca prawny dokonał świadczenia za jego zgodą, czy też bez jego zgody, a nawet wbrew jego woli.

Egzekucja jest w swej istocie swoistą **formą** spełnienia świadczenia, należącego się wierzycielowi od dłużnika. Ponieważ dłużnik nie powziął jeszcze lub wogóle nie chce powziąć postanowienia w sprawie zaspokojenia wierzyciela, przeto w postępowaniu egzekucyjnem wyręcza go w tym kierunku sąd lub organ sądowy. Między dłużnikiem, a sądem, lub jego organem, zachodzi taki stosunek, jak między dłużnikiem pozbawionym własnowolności, a jego zastępcą prawnym, który mimo woli, a nawet wbrew woli takiego dłużnika, zaspokaja wierzyciela. Ponieważ zbogacenie zawisłe jest tylko od związku, jaki zachodzi między spełnionem świadczeniem, a pozostałym majątkiem wierzyciela, a **nie od formy**, w jakiej świadczenie zostało spełnione, przeto nie każde spełnienie świadczenia z majątku trzeciego **w toku egzekucji** jest zbogaceniem. Jeżeli zatem w postępowaniu egzekucyjnem wierzyciel uzyskał zaspokojenie z majątku trzeciego, w każdym poszczególnym wypadku musi być zbadane, czy wierzyciel otrzymanem świadczeniem rzeczywiście się zbogacił. Nie można zaś z góry twierdzić, że wierzyciel który w tem postępowaniu uzyskał zaspokojenie z majątku trzeciego, **zawsze** się zbogacił.

Kto jest zwolennikiem tego poglądu, musi albo zerwać

z pojęciem zbogacenia, ustalonem w nauce prawa cywilnego, albo też, jeżeli przy tem pojęciu pozostanie, stworzyć sztuczną konstrukcję zbogacenia, nie opartą na rzeczywistości, np. w rodzaju tej, że wierzyciel, który uzyskał w toku egzekucji zaspokojenie z majątku trzeciego, jest zbogacony, gdyż świadczenie, należące mu się od dłużnika jest spełnione a nadto materjalnie służy mu nadal dotychczasowa wierzytelność wobec dłużnika.

Jeżeli wierzycielowi, **choćby tylko materjalnie,** służy jaka wierzytelność wobec dłużnika, natenczas jej istnienie nie da się ukryć i musi się przynajmniej w pewnych warunkach na zewnątrz zaznaczyć. Np. wierzytelności z czynności zawartych przez komisanta, chociażby nie przelane, uważa się za wierzytelności komitenta w stosunku do komisanta i jego wierzycieli (art. 368 austr. kod. handl. i art. 228 § 2 polsk. kod. handl.). Gdyby zatem wierzyciel komisanta z takich wierzytelności prowadził egzekucję, wolno będzie komitentowi w drodze powództwa żądać zwolnienia takich wierzytelności od egzekucji nawet przed ich przelewem na rzecz komitenta, albowiem **materjalnie** są to wierzytelności komitenta. — Adwokat strony ubogiej ma prawo, z wyłączeniem strony, ściągnąć sumę, należną mu **tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków**, z kosztów zasądzonych **na rzecz strony ubogiej.** (Art. 121 § 1 kpc.). Ta suma jest zatem materjalnie wierzytelnością adwokata. Gdyby adwokat winien był przeciwnikowi strony ubogiej **osobiście** sumę tej wysokości, miałby prawo przedstawić jej do potrącenia sumę należną mu tytułem wynagrodzenia i zwrotu wydatków. W powyższych obu przypadkach nikt nie mógłby zaprzeczyć istnieniu w znaczeniu materjalnem wierzytelności komitenta i adwokata.

Przypuśćmy teraz, że już po ściągnięciu przez wierzyciela jego należności w drodze egzekucji przeprowadzonej przeciw dłużnikowi z majątku trzeciego, dłużnik nabył z jakiegokolwiek tytułu wierzytelność do swego wierzyciela i zapozwał go o zapłatę tejże, a w toku sporu wierzyciel zarzucił, że materjalnie służy mu nadal wierzytelność wobec dłużnika z powodu zaspokojenia jej z majątku trzeciego, oraz przedstawił tę rzekomą swą wierzytelność do potrącenia z dochodzonej wierzytelności dłużnika. W takim razie jednak powód by zarzucił, że dopóki pozwany ma w swym ręku otrzymane zaspokojenie, nie może dla niego istnieć w stanie jawnym lub ukrytym równocześnie żadna wierzytelność o to samo świadczenie, jeżeli bowiem przedmiotem zobowiązania jest tylko jedno świadczenie, można spełnienia tegoż jedynie raz się domagać i że dopiero, gdy trzeci będzie chciał

i mógł uzyskać zwrot zaspokojenia od powoda, po dokonaniu zwrotu pozostanie dla pozwanego roszczenie o zapłatę równowartości zwrotu. A nie znajdzie się chyba sąd, któryby nie uwzględnił tych zarzutów. Zatem po zaspokojeniu wierzyciela w drodze egzekucji z majątku trzeciego nie istnieje, choćby tylko materjalnie, zaspokojona wierzytelność.

Jeżeli zaś tak jest, to nie można twierdzić, że **każde** zaspokojenie wierzyciela w toku egzekucji z majątku trzeciego jest zbogaceniem wierzyciela, lecz w każdym przypadku trzeba dopiero sprawdzić, czy zachodzą wymogi zbogacenia.

Jeżeli wierzyciel rzeczywiście się zbogacił, a dane ustawodawstwo cywilne zawiera przepisy o niesłusznem zbogaceniu, będzie mógł trzeci oprzeć powództwo przeciw wierzycielowi o zwrot zaspokojenia na tych przepisach, w przeciwnym zaś razie tylko na przepisach prawa rzeczowego.

Ponieważ polski kodeks zobowiązań zawiera wyraźne i szczegółowe przepisy o zwrocie niesłusznego zbogacenia, przeto trzeci będzie mógł bez żadnej trudności powołać się na te przepisy wobec wierzyciela, który rzeczywiście się zbogacił. Lecz nawet wytaczając powództwo przeciw takiemu wierzycielowi na podstawie tych przepisów, nie będzie mógł trzeci pominąć przepisów prawa rzeczowego, jeżeli w danym przypadku te przepisy mogłyby znaleźć zastosowanie.

Art. 123 polsk. kod. zob. stanowi bowiem: Kto niesłusznie uzyskał korzyść z majątku innej osoby, obowiązany jest do wydania tej osobie uzyskanej korzyści... Jeżeli zatem egzekucja była skierowana do rzeczy fizycznej, trzeci będzie musiał przeprowadzić dowód, że ta rzecz należała do jego majątku, czyli, co na jedno wychodzi, że ta rzecz była jego własnością, gdyż rzeczy, nie będące własnością danej osoby, nie należą do jej majątku. Różnica między powództwem, wytoczonem przeciw wierzycielowi o zwrot zaspokojenia, opartem na przepisach o niesłusznem zbogaceniu, a powództwem tej treści, opartem na przepisach prawa rzeczowego, będzie więc, od czasu wejścia w życie polskiego kod. zobowiązań ta, że w pierwszem trzeci obok przepisów prawa rzeczowego powoła także przepisy o niesłusznem zbogaceniu, a w drugiem ograniczy się tylko do powołania przepisów prawa rzeczowego, i że pierwsze będzie mógł wytoczyć także o odłączone owoce i to po upływie trzech lub sześcioletniego czasu potrzebnego do zasiedzenia prawa własności na ruchomościach. Różnica ta jest zupełnie usprawiedliwiona, gdyż nie tylko poza egzekucją, lecz i w razie przeprowadzenia egzekucji, winny przysługiwać — ze względu na bezpieczeń-

stwo obrotu — inne prawa wierzycielowi, który się nie zbogacił, a inne wierzycielowi, który się zbogacił wskutek otrzymania zaspokojenia z majątku trzeciego.

II. Wierzytelność, zaspokojona w drodze egzekucji z majątku trzeciego, po zaspokojeniu nie istnieje nadal nawet materjalnie. Dłużnik zatem z chwilą zaspokojenia zostaje zwolniony z długu. Zbogaceniem jest atoli nie tylko zwiększenie majątku, lecz także i brak ubytku, który powinien był nastąpić. Zwolnienie dłużnika z długu zapobiegło ubytkowi z jego majątku sumy lub wartości potrzebnej na zaspokojenie długu. Dłużnik zatem z chwilą zwolnienia długu jest zawsze zbogacony. Zbogacenie to nie jest przewidziane w ustawie, a w każdym razie jest niesłuszne. Jeżeli zatem ustawodawstwo cywilne zawiera przepisy o niesłusznem zbogaceniu, dłużnik za zaspokojenie wierzyciela z majątku trzeciego jest zawsze odpowiedzialny. Na podstawie zatem przepisów polskiego kodeksu zobowiązań dłużnik za takie zaspokojenie będzie zawsze odpowiedzialny.

Kto jest zdania, że austr. k. c. zawiera przepisy o niesłusznem zbogaceniu, powinien przyznać trzeciemu prawo dochodzenia zwrotu zaspokojenia od dłużnika właśnie na podstawie tych przepisów. Niezależnie od tego może trzeci w każdym razie powołać się na przepis § 1041 austr. k. c., nie można bowiem temu zaprzeczyć, że rzecz użyta na zaspokojenie długu, obrócona została na pożytek dłużnika, a wykładnia, ograniczająca ten przepis tylko do przypadku, gdy z rzeczy osiągnięto pożytek w znaczeniu praktycznem, a nie prawnem, nie ma oparcia w brzmieniu tego przepisu. Oczywiście pożytek, jaki dłużnik odniósł ze zwolnienia z długu, jest niedostrzegalny dla zwolenników poglądu, że wierzytelność wierzyciela, mimo zaspokojenia jej z majątku trzeciego, nadal istnieje.

To, że rzecz została użyta na korzyść dłużnika, nie wyklucza, że rzecz może być użyta także i na korzyść wierzyciela. Jeżeli ta korzyść jest zbogaceniem się po stronie wierzyciela, a ustawodawstwo cywilne danego obszaru uznaje zwrot niesłusznego zbogacenia, natenczas na podstawie przepisów o tem zbogaceniu także i wierzyciel może być zapozwany o zwrot zaspokojenia. Zatem teza, że dłużnik zwolniony od długu **zawsze** może być zapozwany o zwrot zaspokojenia, dokonanego z majątku trzeciego, nie przesądza z góry pytania, czy i wierzyciel nie odniósł korzyści, którą należy uważać za zbogacenie i czy nie jest obowiązany do jej zwrotu.

III. Twierdzenie, że w postępowaniu egzekucyjnem nie doznaje ochrony dobra wiara, może się odnosić nie do same-

go postępowania egzekucyjnego, lecz tylko do nabytków, uzyskanych przez wierzyciela egzekwującego, uczestników lub osób trzecich w drodze egzekucji. Gdyby w takich granicach to twierdzenie było uzasadnione, natenczas wierzyciel, który uzyskał zaspokojenie z majątku trzeciego w drodze egzekucji, byłby zawsze bez względu na swą dobrą lub złą wiarę obowiązany do zwrotu zaspokojenia **w całości**, choćby w chwili zażądania zwrotu przez trzeciego w jego majątku nie pozostał żaden ślad z tego zaspokojenia. Tymczasem p. Dr. Fryderyk Kurzer nie wysnuł takich wniosków z powyższego twierdzenia, lecz utrzymuje[1]), że wierzyciel, działający w dobrej wierze, obowiązany jest do zwrotu pokrzywdzonemu tylko o tyle, o ile w chwili żądania zwrotu jest zbogacony. Pogląd ten jest bez zarzutu. Widocznem jest jednak, że nawet i do nabytków, pochodzących z egzekucji, **w pewnych granicach** stosują się przepisy o dobrej i złej wierze i że **bezwzględne** wykluczenie przy nabytkach tego rodzaju tych przepisów, nie jest możliwe.

IV. Że sprawa zwrotu zaspokojenia, otrzymanego z majątku trzeciego, może być rozstrzygnięta na podstawie przepisów kod. cyw. o posiadaniu w dobrej i złej wierze i że te przepisy mogą obowiązywać nietylko w dziedzinie prawa rzeczowego, lecz także i w zakresie zobowiązań, stwierdzają § 1437 austr. k. c., stanowiący, że odbiorcę nienależnej zapłaty uważa się za posiadacza w dobrej lub złej wierze, a chyba do posiadacza muszą stosować się przepisy o posiadaniu, tudzież polski kodeks zobowiązań, który wprawdzie w rozdziale o niesłusznem zbogaceniu nie odwołuje się do dzielnicowych przepisów o posiadaniu w dobrej i złej wierze, lecz zawiera samoistne przepisy o rozmiarach zwrotu zbogacenia, jednak na ogół zgodne z przepisami austr. k. c., o posiadaniu w dobrej i złej wierze.

V. Ponieważ austr. k. c. nie zawiera wyraźnych przepisów o niesłusznem zbogaceniu, przeto ze stanowiska tego kodeksu wolno było Szan. Autorowi w przepisach §§ 1431—1437 tego kodeksu upatrywać przepisy o niesłusznem zbogaceniu. Instytucje prawne nie muszą bowiem zawsze być wyraźnie oznaczone swem właściwem mianem. lecz mogą być także i w inny sposób określone. Pod nazwą użytą w austr. k. c.: „zapłata nienależnego długu". mogłyby się zatem ukrywać także i niesłuszne zbogacenie.

Wobec ogłoszenia polskiego kodeksu zobowiązań, zawierającego wyraźne przepisy o niesłusznem zbogaceniu. nie ma oczywiście potrzeby nad tem się głowić, czy w austr. kod.

[1]) Głos Prawa 1933, Nr. 4. str. 216.

cyw. znaną jest instytucja niesłusznego zbogacenia. Lecz i po wejściu w życie polskiego kodeksu zobowiązań, pozostanie otwarte pytanie, czy **każde** zaspokojenie wierzyciela w drodze egzekucji z majątku trzeciego należy uważać za zbogacenie, czy też tylko takie, które jest rzeczywistem powiększeniem majątku wierzyciela, czy w razie takiego zaspokojenia wierzytelność wierzyciela mimo to nadal materjalnie istnieje, lub wygasa, a tem samem, czy dłużnik z chwilą takiego zaspokojenia jest zwolniony od długu i zawsze zbogacony, czy też nie. Wobec tego zaś będzie rzeczą nauki i orzecznictwa ostatecznie rozstrzygnąć, jak należy pojmować niesłuszne zbogacenie i jakie skutki materjalne ma zapłata dokonana w drodze egzekucji z majątku trzeciego według polskiego kodeksu zobowiązań.

Mgr. H. EICHEL
Radymno.

Których drobnych dzierżawców rolnych pod względem czasowym dotyczy ustawa o wykupie gruntów dzierżawionych z 18. marca 1932 Nr. 69 poz. 516 z r. 1933 Dz. u. — ?

W art. pod tym tytułem w „Głosie Prawa" Nr. 2 z r. b. p. adwokat Henryk Świątkowski, analizując zakres mocy obowiązującej w czasie, ustawy o ochronie drobnych dzierżawców rolnych z 31. lipca 1924 Dz. U. R. P. Nr. 75 poz. 741, dochodzi do wniosku, że ochroną ustawową objęci są wszyscy ci drobni dzierżawcy, którzy weszli w posiadanie działek przed dniem 28. sierpnia 1924, w którymto dniu wyżej powołana ustawa obowiązywać zaczęła. — Wobec tego zdaniem Sz. Autora ustawa z 18. marca 1932 o wykupie gruntów, podlegających ustawie w przedmiocie ochrony drobnych dzierżawców rolnych (tekst jednolity Dz. U. R. P. Nr. 69 poz. 516 z r. 1933) rozciąga się także i na tych drobnych dzierżawców rolnych, którzy przed 28 sierpnia 1924 swe działki objęli.

Sz. Autorowi znane jest stanowisko Najwyższego Sądu w przedmiocie mocy obowiązującej ustawy z 31. lipca 1924, cytuje bowiem orzeczenie C 591/26, wedle którego ochrona ustawowa obejmuje tylko tych drobnych dzierżawców, którzy w dniu 18 lipca 1919 działki dzierżawne mieli w swem posiadaniu — i powołuje się ogólnikowo na inne, wcześniejsze, analogiczne wyroki najwyższo-sądowe.

Z treści artykułu wynikać się zdaje, że Sz. Autorowi póź-

niejsze orzeczenia Sądu Najwyższego nie są znane, a w każdym razie te, które są późniejsze od daty 22. marca 1929, t. j. od dnia wejścia w życie ustawy z 19 lutego 1929. Dz. U. R. P. Nr. 16 poz. 134. — Ustawa ta rozciągnęła *expressis verbis* ochronę na drobnych dzierżawców rolnych w b. zaborze pruskim, którzy objęli działki przed 28. sierpnia 1924. Z historji obrad nad tą ustawą, a w szczególności z przemówień referentów w Sejmie i w Senacie wynika zdaniem Sz. Autora, że ciałom ustawodawczym chodziło o autentyczną interpretację ustawy z 31. lipca 1924 w kwestji jej mocy obowiązującej. Poddając bowiem ochronie w b. zaborze pruskim tych drobnych dzierżawców, wzgl. te działki do 5 ha, które były wydzierżawione przed 28. sierpnia 1924, ustawodawcy — wedle Sz. Autora — dali wyraz poglądowi, że na całym obszarze Polski ten dzień ma być miarodajny dla oceny kwestji mocy obowiązującej ustawy ochronnej.

Postanowienie ustawy z 19. lutego 1929 należy jednak wbrew mniemaniu Sz. Autora uznać za *sui generis* przywilej dla drobnych dzierżawców rolnych w b. zaborze pruskim, rozciągający ochronę także na dzierżawy, objęte między 18. lipca 1919 a 28. sierpnia 1924. Wynika to z zupełnie wyraźnego brzmienia ustawy z 19. lutego 1929, która uzupełniła ustęp 1 art. 12 ustawy z 31. lipca 1924 — po słowach: „łącznie z województwem śląskiem“ — wyrazami: „przyczem przepisy powyższej ustawy na terenie b. dzielnicy pruskiej dotyczą także tych wszystkich gruntów o obszarze do 5 ha ziemi, które były wydzierżawione przed 28. sierpnia 1924 i są jeszcze obecnie we władaniu drobnych dzierżawców, o ile eksmisja nie została w chwili wejścia w życie tej ustawy orzeczona prawomocnym wyrokiem sądowym“.

Ustawa z 31. lipca 1924 stwierdza natomiast wyraźnie w art. 1., że przedłuża jedynie moc obowiązującą ustawy z 2. lipca 1920, która ze swej strony była przedłużeniem pierwszej ustawy o ochronie drobnych dzierżawców rolnych z 3 lipca 1919 Dz. P. P. Nr. 57 poz. 345, że więc odnosi się tylko do tych działek, które były objęte tą pierwszą ustawą, obowiązującą od dnia 18 lipca 1919. Skoro tedy wyżej powołana ustawa z 19. lutego 1929 przyznaje wprawdzie ochronę także i tym gruntom, które zostały wydzierżawione przed 28. sierpnia 1924, ale tylko w b. zaborze pruskim, to z zestawienia powyższych przepisów ustawowych niedwuznacznie wynika wyjątkowe uprzywilejowanie drobnych dzierżawców na terenie dzielnicy popruskiej.

Ustawa z 19. lutego 1929 zawiera dla drobnych dzierżawców rolnych w b. zaborze pruskim jeszcze jedno wyjątkowe postanowienie. Przedstawia się ono jednak w przeciwstawieniu do poprzedniego jako privilegium odiosum, a wskazywałoby, że zamiarem ustawodawcy nie było wcale zrównanie

stanowisk prawnych drobnych dzierżawców na obszarze b. dzielnicy pruskiej i na obszarze reszty Państwa Polskiego. — Oto bowiem wedle art. 5 ust. 2 ustawy z 31. lipca 1924, zawieszona została moc obowiązująca nawet prawomocnych sądowych wypowiedzeń dzierżaw gruntowych za wyjątkiem wypadków, przewidzianych w art. 7 i 8 cyt. ustawy, w których właściciel ma prawo żądać zwrotu działki, wzgl. wypowiedzieć dzierżawę. — Od tej zasady wyżej cytowane postanowienie ustawy z 19. lutego 1929 wprowadziło dla dzierżawców w b. zaborze pruskim niekorzystny wyjątek, orzekając, że prawomocnie orzeczone eksmisje na obszarze b. zaboru pruskiego przed dniem 28. sierpnia 1924, wyłączają stosowanie ustawy ochronnej.

Okazuje się zatem, że intencje ustawodawcy — jak je na podstawie stenogramów z posiedzeń Izb ustawodawczych przedstawia Sz. Autor — nie znalazły wcale wyrazu w ustawie z 19. lutego 1929. Brzmienie jej w porównaniu z brzmieniem przepisów ustawy z 31. lipca 1924 wcale nie wskazuje na to, by dzień 28. sierpnia 1924 miał być także i poza obszarem b. dzielnicy pruskiej decydujący dla określenia zakresu działania w czasie ochrony, przyznanej drobnym dzierżawcom rolnym.

Zapatrywanie to, wydaje się, podziela i Sąd Najwyższy.— W dwu sprawach o wypowiedzenie dzierżawy działki gruntowej w miejscowości położonej w b. zaborze austrjackim, w których Sąd okręgowy w Przemyślu jako odwoławczy, podzielając pogląd, że nie można zacieśniać ochrony jedynie dla drobnych dzierżaw. objętych przed 18. lipca 1919, uchylił wyroki Sądu grodzkiego w Radymnie, utrzymujące w mocy wypowiedzenia z przyczyny, że stosunek dzierżawny jako powstały po dniu 18. lipca 1919, nie jest chroniony. — Sąd Najwyższy uchwałami z dnia 1. sierpnia 1931 III 1 R 462/31 i III 1 R 464/31, uwzględniając rekursy wypowiadającego właściciela, zniósł uchwały Sądu okr. w Przemyślu, zaakceptował zapatrywanie prawne Sądu I i stwierdził, że „ochrona ustawowa“ służy tylko tym drobnym dzierżawcom, którzy w dniu 18. lipca 1919 pozostawali już w stosunku dzierżawnym. Powyższe uchwały Sądu Najwyższego, wydane w przeszło 2 lata po wejściu w życie ustawy z 19. lutego 1929, wskazują, że Sąd Najwyższy judykatury swej nie zmienił.

Analiza ustawy z 31. lipca 1924, w szczególności art. 3 i 9, przeprowadzona przez p. posła Świątkowskiego, nie wydaje się wystarczająca, ani słuszna. Zasadnicze znaczenie dla omawianego zagadnienia mają art. 1 i 2 cyt. ustawy. Związek pomiędzy oboma temi artykułami jest tak ścisły, a wynikający z nich zamiar ustawodawcy z r. 1924 utrzymania stanu rzeczy, stworzonego przez ustawy z 3. lipca 1919 i z 2. lipca 1920 —

tak widoczny, że twierdzeniu Sz. Autora o niefortunnej redakcji art. 1. ustawy z 31. lipca 1924 żadną miarą przyznać słuszności nie można.

Oto bowiem artykuł 1. stwierdza wyraźnie, że moc obowiązującą ustawy z 2. lipca 1920 przedłuża się do dnia 1. października 1930, „ze zmianami wynikającemi z następnych artykułów". — Zatem ustawa z 31. lipca 1924 jest tylko — jak to już wyżej nadmieniono — przedłużeniem ustawy z r. 1920, takiem samem, jakiem ta ostatnia była w stosunku do swej poprzedniczki z 3. lipca 1919. Ustawa z 31. lipca 1924 może tylko o tyle obowiązywać w odmiennych granicach, niż poprzednie, o ile to wyraźnie następne jej artykuły przewidują. Artykuł 2 zaś stanowi, że „ustawa niniejsza dotyczy oprócz gruntów, objętych ustawą z 2 lipca 1920 nadto:

a). gruntów posiadanych na podstawie ustawy w przedmiocie wydzierżawiania niezagospodarowanych użytków rolnych z 8. marca 1919 Dz. U. R. P. Nr. 23. poz. 233 i z 18. marca 1920 Dz. U. R. P. Nr. 28, poz. 165.

b). gruntów oddanych w posiadanie drobnym rolnikom przez urzędy ziemskie etc. (sc. w wykonaniu drobnej reformy rolnej).

Gruntami objętemi ustawą z 2. lipca 1920 są grunta, które podlegały wcześniejszej ustawie z 3. lipca 1919, obowiązującej od dnia 18. lipca 1919, a zatem te, które w tym dniu znajdowały się w posiadaniu drobnych dzierżawców rolnych.

„Trafność tego poglądu" — wywodzi Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyżej powołanych uchwał rekursowych — „wynika z celu ochrony i z art. 2. ustawy z 31. lipca 1924, a mianowicie z rozszerzenia ochrony ustawowej na specjalne wymienione tam kategorje gruntów, co byłoby odnośnie do drobnych dzierżawców zbędne, gdyby ustawy o ochronie takich dzierżaw odnosiły się i do dzierżawnych stosunków, zawiązanych po dniu powyżej oznaczonym" (tj. po 18. lipca 1919).

W dalszym ciągu stwierdza Sąd Najwyższy, że „odmienna wykładnia ustawy... prowadziłaby wprost do wykluczenia lub nadmiernego ograniczenia umów dzierżawnych o drobne działki gruntowe, bo z reguły właściciele takich gruntów nie chcieliby dobrowolnie poddawać się znacznym ograniczeniom ustawowym, istniejącym w stosunku do drobnych dzierżaw. Wytworzony w ten sposób stan rzeczy nie odpowiadałby racji ustawowej zapewnienia drobnym dzierżawcom warsztatów pracy".

Co się tyczy rozszerzenia przez ustawę z 31. lipca 1924 ochrony na grunty do 5 ha, to myli się Sz. Autor, sądząc, że „ochrona ta rozciąga się na różnicę pomiędzy 5 ha, a 6 morgami, oczywiście od daty wejścia w życie ustawy, a więc dla dzierżawców, będących w posiadaniu dzierżawionych działek

przed 28. sierpnia 1924". Tylko bowiem działki do 5 ha, o których mowa wyżej w punkcie a). są chronione, o ile zostały objęte przed 28. sierpnia 1924, grunta pod b). korzystają z ochrony bez względu na obszar. Wszystkie inne działki do 5 ha, tylko w takim razie, jeśli podlegają ustawie z 2. lipca 1920, co wynika z omawianego już wyżej art. 1. ustawy z 31. lipca 1924, na któryto artykuł art. 3 wyraźnie się powołuje, stanowiąc, że „ochronę rozciąga się na grunty dzierżawne, objęte artykułami 1. i 2. punktem a). do 5 ha użytków rolnych dla każdego dzierżawcy".

Art. 9. cyt. ustawy poddaje wprawdzie ochronie i poddzierżawców działek nawet, jeśli je objęli przed dniem wejścia w życie tej ustawy, tj. przed dniem 28. sierpnia 1924. Przepis ten jednak jako szczególny, wyłącznie do poddzierżawców się odnoszący, nie może służyć na uzasadnienie tezy p. adwokata Świątkowskiego. Raczej a contrario przemawia za interpretacją, którą Sz. Autor zwalcza.

Ustawa o wykupie działek chronionych z 18. marca 1932 w art. 1. stanowi, że ma zastosowanie tylko do tych gruntów, które podlegają działaniu ustawy z 31. lipca 1924. Wykazano powyżej, że ani z treści tej ustawy, ani z brzmienia ustawy z 19. lutego 1929, nie da się wyinterpretować, iż ustawową ochronę należy rozciągnąć na dzierżawców, którzy przed 28. sierpnia 1924 działki swe objęli. Jasne jest tedy, że ustawa o wykupie obejmuje tylko te działki, które w dniu 18. lipca 1919 znajdowały sę w posiadaniu drobnych dzierżawców. Jeżeli intencje ustawodawcy — jakby należało wnioskować z przemówienia referenta sejmowego ustawy z 18. marca 1932, były inne, to żałować należy, że nie znalazły odpowiedniego wyrazu w przepisach ustawy.

Wedle obecnego przeto stanu ustawodawstwa ochronnego za dzień decydujący o dopuszczalności ochrony i wykupu działki drobnego dzierżawcy należy uważać dzień 18. lipca 1919, za wyjątkiem specjalnych przypadków, przewidzianych w art. 2 p. a) i b), oraz w art. 9 ustawy z 31 lipca 1924.

Przedstawiony na wstępie pogląd p. adwokata Świątkowskiego w kwestji mocy obowiązującej ustawy ochronnej i zakresu działania ustawy o wykupie, w kwestji rzeczywiście niezmiernie doniosłej, podyktowany zapewne szlachetną intencją zapewnienia podstawy bytu wielu tysiącom drobnych dzierżawców i rozszerzenia ochrony na możliwie największą ich liczbę — nie znajduje uzasadnienia w ramach obowiązujących ustaw i sprzeczny jest z judykaturą Sądu Najwyższego, opartą na trafnej interpretacji przepisów ustawowych*).

---

*) Ogłosiliśmy niniejszy artykuł jako przytaczający szereg ważkich argumentów. Nie sądzimy jednak, iżby one bez reszty odpierały stanowisko zajęte w poprzednim artykule p. Henryka Świątkowskiego. — Przyp. Red.

Akcja samopomocowa ku poprawie położenia adwokatury.

W ciągu ubiegłych kilku miesięcy odbyło się staraniem lwowskiej Rady adwokackiej w lokalu Izby kilka nader licznie obesłanych wieczorów dyskusyjnych pod przewodnictwem Dziekana Izby p. **Dra Zdzisława Stankiewicza,** na temat przyczyn obecnego nieszczęsnego położenia adwokatury — w szczególności małopolskiej. Na ostatnim z tych wieczorów, odbytym dnia 16 marca br. dokonano wyboru Komisji, któraby obok Rad adwokackich, lecz nie krępowana względami formalno urzędowemi, prowadziła akcję zmierzającą do wydźwignięcia adwokatury z dzisiejszej, bezsprzecznie katastrofalnej niedoli.

Zgodnie z intencją wnioskodawców, (pp. Drów **Rubina Sokala i Alberta Samuely'ego),** by w skład Komisji wchodzili Koledzy nie należący do Rad adwokackich, a reprezentujący przytem wszystkie odłamy i kierunki ideologiczne adwokatury, wybrało zebranie do tej Komisji **pp. Lwa Hankiewicza, Leibę Landaua, Bogusława Longchamps'a, Anzelma Lutwaka, Kazimierza Łaza i Rubina Sokała** — a to z prawem kooptacji.

Należy się spodziewać, że ta akcja samopomocy, ze wszech miar godna realizacji, rozszerzy się wkrótce na całe Państwo przez powołanie do życia takich Komisyj w okręgach wszystkich innych Izb adwokackich.

Według udzielonych nam informacyj, Komisja ta, ukonstytuowawszy się pod przewodnictwem p. **Dra Rubina Sokala,** odbyła już 2 posiedzenia, na których rozważyła plan zwierzonej sobie akcji i uzupełnienie swego zespołu przez kooptację szeregu dalszych członków. Na drugiem z posiedzeń Komisji, dnia 23 marca b. r. złożył p. **Dr. Bogusław Longchamps** referat organizacyjny, który będzie przedstawiony plenarnemu zebraniu Komisji uzupełnionej przez członków kooptowanych. Referat ten, zasługujący na najżywsze zainteresowanie ogółu adwokatury, ogłaszamy informacyjnie.

Oto jego treść:

„Komisja poprawy położenia adwokatury“ doszła do przekonania, że praca jej może się okazać owocną jedynie pod następującemi warunkami:

1) Praca Komisji podjęta na podstawie mandatu Izby Adwokackiej musi być prowadzona w ścisłem porozumieniu z Izbą;

2) W pracy tej Izba będzie udzielać Komisji pełnej swej pomocy, a uzgodnione z władzami Izby postulaty Komisji do tychże władz będą przez te władze ściśle wykonywane.

3) Komisja musi stworzyć własną organizację pracy w ramach prawa o ustroju adwokatury.

4) Grono członków Komisji winno być szerokie i tak dobrane, ażeby wszyscy członkowie rzeczywiście uczestniczyli w pracy Komisji, która zająć się ma wszelkiemi niedomaganiami adwokatury.

Ad 1) Komisja postanowiła odbywać zebrania w lokalu Izby Adwokatów i w tym celu zwrócić się do Dziekana Izby o porozumienie co do sali i terminów posiedzeń Komisji. Posiedzenia winny odbywać się przynajmniej raz na tydzień. Z posiedzeń prowadzi się protokół, który ma być podawany do wiadomości Dziekana Rady, a przez niego Radzie na pełnych zebraniach.

Ad 2) Wypadki, w których Komisja będzie żądała pomocy władz Izby, przeprowadzona zostanie dyskusja na Radzie Izby po referacie przedstawionym przez członka Komisji. Przewodniczący Komisji będzie miał prawo informowania się u Dziekana o wykonywaniu uchwał Rady powziętych w tego rodzaju sprawach: o ileby w sprawach tych Izba

interwenjowała u władz, Komisja będzie miała prawo domagać się, ażeby interwencja ta odbywała się przy udziale delegata Komisji.

Ad 3) i 4). Komisja powierzy jednemu z członków opracowanie regulaminu swych czynności, sposobu porozumiewania się z innemi Izbami oraz pozyskiwania jak najwięcej adwokatów do współpracy. Specjalny regulamin opracowany zostanie dla akcji prasowo-odczytowej.

Komisja uważa za kardynalny warunek dobrych wyników swej pracy, skierowanie akcji na grunt społeczny. Komisji nie chodzi o to, aby wysuwać na pierwszy plan interesy materjalne adwokatury, lecz o to, ażeby otworzyć społeczeństwu oczy na fakty, które, jakkolwiek są niekorzystne dla adwokatury — jak zwłaszcza np. nadmierne opłaty sądowe — to jednak jeszcze o wiele bardziej szkód materjalnych przynoszą samemu społeczeństwu, bądźto utrudniając mu wymiar sprawiedliwości, bądź też narażając go na niepotrzebne szkody materjalne, bądź też powodując niepewność stosunków prawnych, a co zatem idzie, ekonomicznych, i pogłębiając w ten sposób przesilenie gospodarcze.

Adwokatura, podejmując tę akcję, pragnie działać zupełnie szczerze z korzyścią dla społeczeństwa i Państwa — równocześnie jednak z tą świadomością, że korzystniejsze warunki prawne i gospodarcze w Państwie najlepiej przyczynią się do podniesienia stanu adwokackiego.

To uświadamianie społeczeństwa może nastąpić przez publiczne odczyty i referaty adwokatów, przez zorganizowaną codzienną i szeroko zakrojoną akcję prasową, przedewszystkiem w prasie ogólnej, nie tylko fachowej, lecz codziennej.

Akcja musi też być prowadzona równocześnie ze wspomnianą już niejako zewnętrzną akcją — także na wewnątrz i zdążać musi do wytworzenia ducha korporacyjnego w adwokaturze, większego poczucia solidarności i wspólnej obrony interesów adwokatury, oraz ochrony jej przed wyzyskiem z czyjejkolwiek strony. Objąć winna zatem, jeżeli już nie skodyfikowanie, to przynajmniej ustalenie w najważniejszych kwestjach, zasad etyki adwokackiej i obmyślenie takich środków, któreby zmuszały adwokatów do ścisłego przestrzegania tych zasad. Dotyczy to przedewszystkiem konkurencji w adwokaturze, obsługiwania klijentów wyzyskujących adwokatów, angażowania się finansowego adwokatów i t. d.

Problemy przypływu nowych członków do adwokatury, biur porad prawnych, pokątnego pisarstwa i ograniczania praw adwokatury będą szczególną troską Komisji i będą opracowywane teoretycznie i praktycznie.

Komisja uważa za ważny dział swej pracy wskazywanie środków, któreby w ramach nowo wprowadzonych ustaw, i wogóle w ramach prawa, chroniły adwokaturę od szkód, jakie nowe przepisy ustawowe mogłyby wyrządzić adwokaturze.

Jednym z najważniejszych wyników prac Komisji winno być to, ażeby wśród adwokatury, a przedewszystkiem wśród władz autonomicznych adwokatury, a zatem tak na Walnych jej Zgromadzeniach, jakoteż w Radzie Naczelnej i w Radach poszczególnych Izb adwokackich powstało przekonanie, iż głównem zadaniem wszelkich organizacji adwokackich jest podniesienie moralne i materjalne stanu i że wobec tego zadania muszą zejść na dalszy plan wśród adwokatury wszelkie inne spory i kwestje z zawodem adwokackim niezwiązane, oczywista jednak przy ścisłem przestrzeganiu tej naczelnej zasady, że adwokatura służyć ma swemu społeczeństwu i narodowi.

Komisja, jakkolwiek przedewszystkiem zająć się pragnie stosunkami w adwokaturze Lwowskiej Izby Adwokackiej, to jednak pragnęłaby dać inicjatywę do tego samego rodzaju pracy także wszystkim innym

izbom na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej i skoordynować swoją akcję z akcjami wszystkich innych izb, w tym samym duchu prowadzonemi".

*

Sądzimy, że ogół adwokatury powinien zasilać stałą współpracą akcję „Komisji poprawy położenia adwokatury" i użyczać jej swego moralnego poparcia przez nadsyłanie jej sprawozdań i informacyj z życia zawodowego adwokatury w poszczególnych jej ośrodkach, a niemniej też przez wypowiadanie swoich dezyderatów co do planu i środków, oraz co do ewentualnych wyników działalności Komisji. — Red.

Z manowców sprawiedliwości.

Legis corrigendae causa.

Od p. **Mgra Altschillera we Lwowie** otrzymaliśmy następującą opowieść:

Stan faktyczny: A. zaskarżył B. po wejściu w życie kpc. o czynsz najmu do sądu okręgowego. Pozwany B. zarzucił przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy (art. 235 kpc.) niewłaściwość sądu (art. 10 p. 3 b. kpc.).

Sąd okręgowy we Lwowie **na pierwszej rozprawie** uznał zarzut ten za słuszny, przekazał sprawę wskazanemu przez powoda (art. 238 kpc.) Sądowi grodzkiemu miejskiemu we Lwowie oraz postanowieniem z dnia 28. sierpnia 1933 Sygn. akt. II C 3 781/33 przyznał stronie pozwanej koszta w kwocie 102 zł. Wartość przedmiotu sporu bowiem wynosiła 2800 zł, a obliczenie opierało się na § 11 p 5). i § 13 lit. d. rozp. min. spraw. z 1. 4. 1933 (Dz. U. Nr. 24, poz. 201.

Wspomniane przepisy brzmią: § 11.: „Zasadnicze wynagrodzenie wynosi przy wartości: .. . . . 5) ponad 1000 zł do 5000 zł włącznie

za pierwsze 1000 zł . . . . . 90 zł.

od nadwyżki za każde rozpoczęte 100 zł . . . . . 6 zł".

§ 13.: „Połowa zasadniczego wynagrodzenia za prowadzenie sprawy w danej instancji, lecz nie mniej niż 15 zł, należy się adwokatowi, jeżeli: . . . . . d) sąd odrzucił pozew n a p i e r w s z e j r o z p r a w i e z powodu . . . . . niewłaściwości sądu . . . . .".

W myśl powyższych przepisów należała się zatem pozwanemu tytułem zwrotu wynagrodzenia adwokackiego kwota 99 zł, a z wydatkami (za doręczenia i t. p.) 102 zł., jako to Sąd okręgowy ściśle obliczył.

Sąd apelacyjny we Lwowie, Wydział I. cyw. postanowieniem z dnia 4. listopada 1933, Lcz. I. C Z 1093/33 wskutek zażalenia powoda **zmienił** wyż wspomniane postanowienie sądu okręgowego we Lwowie w ten sposób, iż przyznał pozwanemu koszta zastępstwa **jedynie w kwocie 20 zł.,** z tem, że strona pozwana winna zapłacić **powodowi** częściowe koszta zażalenia w kwocie 6 zł.

W motywach Sąd apelacyjny przeocza, a w każdym razie pomija grobowem milczeniem istnienie § 13. rozp. z 1. 4. 1933, i ucieka się do § 6. wspomnianego rozporządzenia, który brzmi: „W sprawach **nieobjętych** przepisami niniejszemi lub do których przepisy niniejsze **nie dadzą się zastosować,** sąd określi wynagrodzenie adwokata, mając na względzie nakład czasu i pracy, wagę sprawy i wartość przedmiotu". Uzasadnienie Sądu apelacyjnego brzmi następująco — (pomijam część uzasadnienia, która zbija wywody zażalenia co do tego, że w miarodajnym wypadku wogóle żadne koszta pozwanemu się nie należą):

...„Nie można atoli odmówić słuszności wywodom zażalenia w przedmiocie wysokości przyznanych kosztów. — W danym wypadku nie chodzi bowiem o ogół czynności związanych z prowadzeniem sporu dotąd

przed właściwym sądem jeszcze nawet nie rozpoczętego, lecz wyłącznie o koszta połączone z przeprowadzeniem rozprawy przed niewłaściwym sądem. Z tych przyczyn należało sprawę powstałych kosztów rozstrzygnąć na zasadzie § 6. rozp. Min. Sprawiedl. z 1. kwietnia 1933 poz. 201 Dz. u. W następstwie tego założenia przyznano stronie pozwanej koszta tylko jednej rozprawy w kwocie 20 zł., **oraz częściowe koszta zażalenia**".

Jak widać z tej motywacji, to służy ona raczej do poparcia orzeczenia sądu instancji pierwszej, bo właśnie w takim wypadku, kiedy — jak Sąd Apelacyjny przytacza — „nie chodzi o ogół czynności związanych z prowadzeniem sporu dotąd przed właściwym sądem jeszcze nierozpoczętego, lecz wyłącznie o koszta połączone z przeprowadzeniem rozprawy przed niewłaściwym sądem", — wchodzi w zastosowanie § 13 lit. d) cyt. rozp. i niema temsamem miejsca dla zastosowania §-fu 6! Ale Sądowi Apelacyjnemu, któremu nie można chyba imputować nieznajomości §-fu 13, wydał się on zapewne niesprawiedliwym, bo zbyt szczodrym dla adwokatów? — Konsekwencja takiej korektywnej w stosunku do ustawy judykatury może być tylko ta, że pozwany musi adwokatowi swemu w danym wypadku zapłacić ewentualnie o 79 zł. więcej, niż Sąd Apelacyjny pozwanemu przyznał, o ile adwokat nie zechce z tej prawnie należnej mu kwoty zrezygnować.

W końcu należy zauważyć, że nietylko w rzeczy samej zachodzi sprzeczność pomiędzy sentencją a motywacją powyższego orzeczenia Sądu Apelacyjnego, lecz także o tyle, że gdy w sentencji przyznano „częściowe koszta zażalenia **powodowi**", to w motywach przyznano je **stronie pozwanej**, choć ona żadnego zażalenia nie wnosiła.

Z orzecznictwa cywilnego.

12) Do ważnej przyczyny wypowiedzenia z art. 11 ustęp 2 ust. o ochr. lok., nie potrzeba zaległości z dwiema pełnemi, kolejnemi ratami komornego, wystarcza natomiast częściowa zaległość za dwa kolejne terminy płatności.

Wydatki na remont mieszkania mogą być przedstawione do potrącenia z zaległem komornem tylko w chwili powstania zaległości.

Orzeczenie Izby Cywilnej S. N. z 12 lipca 1933 C II. Rw. 1259/33. — (Zob. uwagi Redakcji poniżej!).

Sąd grodzki w Przemyślu (S. S. O. Skwirzyński) wyrokiem z 8/5 1931 II C 492/30 **uchylił wypowiedzenie** z d. 11/7 1930.

Z uzasadnienia: Pozwana z zapłatą czynszu nie zalega, gdyż resztę za marzec i kwiecień 1930 w kwocie 160 zł 60 gr. zaraz po upomnieniu zapłaciła powódce, czynsze za miesiąc maj, czerwiec i lipiec 1930 pokryła w ten sposób, że swoją należność z tytułu remontu mieszkania w kwocie 282 zł potrąciła z należności powódki z tytułu czynszu za powyższe miesiące. Ponadto zaległość z zapłatą czynszu za marzec i kwiecień powstała skutkiem wyjątkowej nędzy pozwanej, która nie ma żadnych dochodów, a utrzymuje się wyłącznie z dochodów córki.

Sąd Okręgowy w Przemyślu (Wiceprez. Hoszek, S. S. O. Kalinicz i Kwasik) wyrokiem z 25/10 1932 II Bc 439/32 **zatwierdził** zaskarżony wyrok.

Z uzasadnienia: Wydatki, poniesione na konieczny remont mieszkania, pozwana mogła uważać za poniesione na rachunek powódki, wobec czego dotyczącą część zaległego czynszu należy uważać za sporną, a pozwana potrącając ją, nie zawiniła zaległości czynszu, tembardziej, że właściciel jest obowiązany utrzymywać przedmiot najmu w stanie zdatnym do użytku. Po potrąceniu poniesionych przez pozwaną wydatków, pozostaje zaległość czynszowa w kwocie 169 zł 50 gr, mniejsza od dwumiesięcznej, więc nie zachodzi przyczyna wypowiedzenia z art. 11 ust. 2 a) ustawy o ochr. lok.

Sąd Najwyższy (S. S. N. Dr. Dbałowski, Bittner, Baczyński) **zniósł wyrok** sądu odwoławczego i **zwrócił sprawę temu sądowi** do ponownego rozpoznania i orzeczenia.

Z uzasadnienia: Sąd odwoławczy przyjął, że twierdzona w wypowiedzeniu zaległość czynszowa za 5 miesięcy w kwocie 451 zł. 50 gr. umorzoną została w drodze kompensaty do wysokości poniesionego przez pozwaną wydatku na remont mieszkania w kwocie 282 zł — tak, że pozostała reszta w kwocie 169 zł. 50 gr. mniejszą jest od dwumiesięcznego komornego, zatem brak zaległości ustawowej, tj. z dwiema kolejnemi pełnemi ratami. To stanowisko sądu odwoławczego jest pod względem prawnym błędne. W myśl art. 11 ust. 2 lit. a) ust. o ochr. lok., przyczynę wypowiedzenia z powodu zaległości czynszowej stanowi fakt zalegania mimo upomnienia z zapłatą komornego lub częścią tegoż za dwa kolejne terminy płatności.

Co się tyczy kompensaty z czynszem za maj, czerwiec i lipiec 1930, poniesionego przez pozwaną wydatku na remont mieszkania w kwocie 282 zł., nie zbadano i nie ustalono czasu, kiedy pozwana zgłosiła powódce swą wzajemną pretensję do kompensaty, tudzież faktu, czy w czasie tego zgłoszenia i w jakiej wysokości nastąpiła już zaległość czynszowa. Wyjaśnienie tych okoliczności jest konieczne ze względu na to, że kompensata nie następuje z ustawy, tylko wskutek oświadczenia strony wobec przeciwnika (argum. z §§-fów 1441 zdanie 1-e i 1442 u. c.) i dopuszczalną jest co do zapadłych pretensyj — tak, by strona kompensująca w czasie zgłoszenia kompensaty nie tylko była uprawnioną do żądania należnego jej świadczenia, lecz również, by mogła uskutecznić ciążące na niej świadczenia (§ 1439 u. c.). — W przeciwnym razie, t. j. gdyby w chwili zgłoszenia kompensaty świadczenie ciążące na stronie kompensującej jeszcze nie zapadło, zatem dopiero w przyszłości zapaść miało, zachodzi konieczność albo zgody przeciwnika w tym kierunku, że do wysokości zgłoszonej do kompensaty pretensji zwalnia zgłaszającego kompensatę od ciążących na nim świadczeń, które zapadną w przyszłości, albo ponownego zgłoszenia kompensaty w czasie faktycznej zapadłości tych świadczeń. —

Bez zbadania powyższych, dla skuteczności kompensaty miarodajnych okoliczności, przedwczesnem jest wysnucie wniosku, że wobec konieczności i celowości wydatku poniesionego przez pozwaną na remont mieszkania i zawiadomienia powódki zaraz po przeprowadzeniu przez pozwaną remontu o zamiarze pozwanej skompensowania odnośnej jej pretensji z przyszłym czynszem, kompensata jest prawnie uzasadnioną.

UWAGI REDAKCJI:

1) Najwyższosądowa wykładnia art. 11 ust. 2 lit. a) ustawy o ochr. lok. nie bywa wogóle dla lokatorów przychylna, zacieśniając coraz bardziej zastosowalność tej normy w praktyce, chociaż położenie gospodarcze lokatorów z biegiem lat od czasu wydania tej ustawy nie doznało chyba żadnej poprawy.

Gdy chodzi specjalnie o zaleganie z komornem. S. N. niejednokrotnie już wypowiedział pogląd, wyrażony ponownie w powyższem orzeczeniu. (Zob. O. S. P. VIII poz. 332; Przegl. Not. Nr. 3/1929; Przegl. pr. i administr. poz. 309/28). Sądzimy wszakże, że zdanie Sądu Najw., iż w myśl cyt. przepisu „przyczyną wypowiedzenia z powodu zaległości czynszowej stanowi fakt zalegania mimo upomnienia o zapłatę komornego **lub częścią tegoż** za dwa kolejne terminy płatności" — pozostaje w sprzeczności z osnową tego przepisu, w którym nietylko n i e m a s ł ó w: „l u b c z ę ś c i ą t e g o ż", lecz zawarty jest niedwuznaczny zwrot: „zalega z zapłatą **co najmniej dwóch** następujących po sobie rat komornego". Przepisy tej ustawy podług jej przeznaczenia i miana powinny być przez sądy tłumaczone w duchu dla lokatorów raczej przychylnym niż niechętnym. Ale ten przepis i bez tego wymaga dość jasno zalegania z dwiema **pełnemi** ratami. (Zob. S o m m e r s t e i n, Ustawa o ochr. lok., 1924, str. 84, który słusznie zaznacza, że „inaczej użyłby u-

stawodawca słów: z zapłatą więcej niż jednej raty"). Jeśliby zaś ustawodawca do słów: „conajmniej dwóch, był dodał słowo „pełnych" dopuściłby się brzydkiego pleonazmu, któryby dałby się usprawiedliwić tylko w razie, gdyby juryzdykcja w sprawach o eksmisję należała do sądów ludowych, bardzo ludowych, nie zaś do sędziów-prawników.

Ani nawiasowe zacytowanie w tym przepisie art. 3 oraz 6—9 cyt. ustawy, ani ustęp 3) art. 11. verba: „lub opłat dodatkowych", nie dowodzi, iżby wystarczała zaległość **częściowa** dwóch rat komornego, jak to niektórzy przyjmują. (Zob. O. H. **Gross**: O zwłoce w płaceniu czynszu za najmy podlegające ochronie, Głos Prawa, Nr. 9, str. 515). Zwrot: „a zaległość powstała z powodu sporu o wysokość komornego **lub opłat dodatkowych**" w ustępie 3) art. 11 daje się wytłumaczyć bez potrzeby rozszerzenia ustępu 2) lit. a) art. 11 na raty „częściowe" — gdy mianowicie zważymy, że możliwem jest zaleganie lokatora z pełnemi dwiema ratami komornego, pomimo, a raczej dlatego, że spór między stronami jest wynikiem nieporozumienia w przedmiocie wysokości **li tylko opłat dodatkowych**. Bo jeśli lokator zakwestjonował wysokość tych opłat i z tego powodu zaofiarował najmodawcy zapłatę tych opłat w niższej kwocie od żądanej przezeń, a najmodawca wobec tego odmówił przyjęcia dwóch lub więcej rat komornego, mieszczących w sobie zbyt nisko jego zdaniem obliczone opłaty dodatkowe (§ 1415 u. c.), to może wytoczyć przeciw lokatorowi spór o eksmisję na zasadzie lit. a) ust. 2 art. 11 z powodu zalegania z **pełnemi** dwiema ratami.

Zresztą eventualiter możliwa jest inna jeszcze wykładnia tego przepisu, a zawsze jeszcze dla lokatorów korzystniejsza od krytykowanej. Według brzmienia ustępu 1) art. 7 cyt. ust. opłaty dodatkowe pobierane są „tytułem komornego". Zwrot ten, w związku zwłaszcza z cytowanym poprzednio ustępem 3) art. 11, można rozumieć w ten sposób, iż „opłaty dodatkowe" stanowią drugą, osobną, acz równolegle z głównem komornem bieżącą kategorję komornego. Przemawiałyby za taką wykładnią również słowa: **„oznacza się osobno"**, zawarte w art. 8 ustępy 1) i 4), odnośnie wynagrodzenia za oświetlenie, ogrzewanie, ciepłą wodę i używanie dźwigów. W konsekwencji tej wykładni należałoby uznać, że ważną przyczyną ustania najmu w myśl ustępu 2) lit. a) art. 11 jest zaleganie z zapłatą dwóch następujących po sobie (pełnych) rat komornego głównego lub też dwóch (pełnych) rat komornego drugiej kategorji, t. j. opłat dodatkowych.

2) Motywy S. N. w kwestji potrącalności wydatków lokatora na naprawy konieczne lub pożyteczne (§ 1097 u. c.) nie są dość jasne. S. N. powołuje się bowiem bez żadnej analizy na przepisy §§ 1441 zd. I, 1442 i 1439 u. c., których osnowa bynajmniej nie użycza podstawy poglądowi S. N., jakoby kompensata podług prawa poaustrjackiego wymagała wyraźnego oświadczenia ze strony kompensującego i to koniecznie przed procesem, a w szczególności, aby zarazem już w chwili tego oświadczenia czy „zgłoszenia" kompensaty stronie drugiej, wzajemna pretensja tejże musiała być płatna. — Literatura naukowa o zagadnieniu kompensaty jest bardzo rozległa i nie byłoby od rzeczy, jeśliby Sąd Najwyższy, występując z powyższym poglądem, był o nią zawadził. Ostatecznie bowiem, powaga i znaczenie orzeczeń instancji najwyższej opiera się nietylko na samych kategorycznie sformułowanych tezach i nietylko na stanowisku szczytowem Sądu Najw., lecz także — i to zapewne nawet w głównej mierze — na tem, iż uzasadnienie tych orzeczeń utrzymywane jest na wysokim, naukowym poziomie. Należałoby dążyć do tego, aby nie było pola do utyskiwań w rodzaju takim, iż „judykatura, mało naukowa, a w ostatnim czasie widocznie tendencyjna i chwilowym prądom ulegająca, również nie pobudza do pracy". (O. H. **Gross**, w cyt. pracy, Gł. Pr. Nr. 9/1933, str. 513). Nauka jest też bezsprzecznie jednym z najtęższych hamulców wszelkiej przesądności.

Stanowisko zajęte przez S. N. w omawianem orzeczeniu nie jest dla nas nowością: spotykaliśmy się z podobnem stanowiskiem S. N. już dawniej (zob. orz. S. N. z 27. XI. 1929, III, 1 Rw 2294/29 w Gł. Pr. 1930 str. 327—328). Było już nawet orzeczenie S. N., że zaleganie z czynszem stanowi ważną przyczynę wypowiedzenia, mimo, że lokator ma do właściciela wzajemną pretensję, nadającą się do potrącenia, co do której już nawet **wdraża egzekucję przeciw właścicielowi!** (Orz. z 28. III. 1928 Rw 11/28 P. P. A. 309/28). Lecz z drugiej strony mieliśmy już także orzeczenia uznające dopuszczalność dochodzenia wzajemnych roszczeń pieniężnych przez lokatora nawet w sporze o wypowiedzenie najmu, prowadzonym w trybie postępowania „awizacyjnego". (Orz. z 19/10 1927, III Rw 1802/27 Gł. Pr. Nr. 1/1928, str. 41; w podobnym duchu też orz. z 20/10 1927, Izba I S. N. C. 1282/26 O. S. P. VII, 465).

Wymóg otóż, jaki stawia S. N. kompensującemu lokatorowi, t. j. uzależnienie kompensaty od zgłoszenia jej wobec strony drugiej, dałby się uzasadnić ze stanowiska kodeksu cyw. niemieckiego (§ 388) lub prawa obligac. szwajcarskiego (art. 124), nie jednak ze stanowiska kodeksu cyw. austr., którego przepis § 1438 (przez S. N. pominięty) podobnie jak np. § 20 dawniejszej austr. ord. konk., jest według autorytatywnego zdania **Zeillera** wyrazicielem zasady „ipso iure compensatur". czyli zasady, że kompensata dokonuje się „bez potrzeby uprzedniego oświadczenia" ze strony kompensującego dłużnika" (**Zeiller**, Kommentar ueber das ABGB, 1811—1813, t. IV., str. 167). Pogląd ten jest też po dziś dzień w literaturze prawa austr. panujący (zob. **Ehrenzweig**, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1928, § 349), choć nie brak wyznawców odmiennego poglądu, do których należy m. i. Stubenrauch, Koment. II, str. 880; zob. też **Werhanowski**, „Uwagi do traktowania zarzutu kompensaty w procesie cyw." (w Księdze Pamiątkowej Adolfa Czerwińskiego, 1926, str. 144 n.).

Zaznaczyć przytem wypada, że niemiecki kod. cyw. i szwajc. pr. obligac., chociaż wymagają do kompensaty złożenia jednostronnego oświadczenia, stanowią jednocześnie, iż skutkiem tego oświadczenia następuje zgaśnięcie obustronnych wierzytelności (w miarę, jak one się z sobą pokrywają) **już od chwili, w której zaistniała dopuszczalność kompensaty, czyli ex tunc.**

Tembardziej otóż ze stanowiska prawa austrjackiego, nie może ulegać żadnej wątpliwości, iż jeśli lokator w procesie wytoczonym przeciw niemu przez najmodawcę o zapłatę komornego lub o eksmisję z powodu zalegania z zapłatą komornego, podniósł zarzut kompensaty z swoją wzajemną wierzytelnością z §-fu 1097 u. c., to temsamem kompensata dokonała się już „z chwilą, kiedy obydwie wierzytelności stanęły naprzeciw siebie jako nadające się do potrącenia. (Tak też trafnie O. H. **Gross**, w cyt. artykule, str. 519).

Wobec tego zatem przyczyna, dla której S. N. w omawianym przypadku skasował zgodne wyroki sądów I i II instancji, a mianowicie, że „nie ustalono czasu, kiedy pozwana zgłosiła powódce swą wzajemną pretensję do kompensaty tudzież faktu, czy w czasie tego zgłoszenia i w jakiej wysokości nastąpiła już zaległość czynszowa" — jest w każdym razie prawnie bezprzedmiotowa. Gdy bowiem pozwana podniosła zarzut kompensaty w procesie, i gdy nie było rzeczą sporną, że **w chwili wytoczenia tego procesu obydwie pretensje wzajemne były już płatne**, a względnie odpowiadały wszelkim ustawowym warunkom kompensaty (§ 1439), to już temsamem dokonała się zapłata, a względnie zgaśnięcie obustronnych wierzytelności w miarę wzajemnego wyrównania się (§§ 1411, 1438), a przeto prawnie obojętna jest kwestja, kiedyto **przed** wszczęciem procesu pozwana oznajmiła powódce chęć kompensaty i czy w chwili tego przedprocesowego oznajmienia te raty komornego, o które w sporze eksmisyjnym chodzi, już były płatne. — A pozatem: czy

może być słuszną rzeczą zawieszanie czyjegoś dachu nad głową na jakimś... włosku subtelnie kalkulującej formalistyki prawniczej?

O, gdybyż się już raz wreszcie wymiar sprawiedliwości nawrócił do szczeroludzkiego traktowania spraw ludzkich!

---

13) Okoliczność, że zalegający z zapłatą komornego korzysta ze wsparcia dzieci, sama przez się nie świadczy jeszcze o nędzy trwałej, która w myśl art. 11 ust. 2 lit. a) ustawy o ochr. lok. nie zapobiega eksmisji.

Zaleganie z zapłatą rat komornego, zapadłych dopiero w toku sporu eksmisyjnego nie może być na wzgląd brane.

Orzeczenie I. C. sek. II z 14 listopada 1933, C II Rw 1585/33.

Sąd Grodzki we Lwowie (S. Gr. dr. Moraczewski) wyrokiem z dnia 24 kwietnia 1932 r. C. 462/32, **oddalił powództwo o wypowiedzenie najmu.**

Sąd Okręgowy we Lwowie (S. S. O. Dzerowicz, Rak i Kozioł) wyrokiem z dnia 7 lutego 1933 r. Bc 2106/32, R. 1897/32, wyrok powyższy zmienił w ten sposób, że powództwo **uwzględnił.**

Z uzasadnienia: Należało wypowiedzenie najmu utrzymać w mocy, gdyż wobec wyników przeprowadzonej rozprawy nie ma wcale widoków, aby sama pozwana mogła zaległość czynszową wyrównać, będąc niezdolną do pracy i nie posiadając żadnego majątku, a na pomoc ze strony przypozwanych i jej syna, który z nią poprzednio mieszkał, liczyć nie można ze względu na to, że przypozwani nie chcą czy też nie mogą czynszu płacić, syn zaś ogranicza się jedynie do dawania pomocy pieniężnej w kwocie 20 zł. miesięcznie, jak to słuchany świadek zeznał. Wobec tego nie można wymagać od właścicieli realności, aby dawali pozwanej w swym domu bezpłatne mieszkanie bez jakichkolwiek widoków otrzymania kiedykolwiek zapłaty zaległego czynszu, o który przypozwani jako domownicy pozwanej oraz syn jej jako **do zapłaty tego czynszu nie obowiązani, nie mogą być przez nich nawet pozywani.**

Sąd Najwyższy (S. S. N. dr. Dbałowski. Dyduszyński i Żurawski) **uwzględnił rewizję** pozwanej.

Z uzasadnienia: Przyjęcie przez sąd odwoławczy, że niekorzystny stan majątkowy pozwanej przybrał charakter trwały i nie rokuje widoków poprawy, jest mylne i nie znajduje w wynikach rozprawy oparcia. — Jakkolwiek pozwana była do pracy niezdolna i nie miała zgoła żadnego majątku. płaciła komorne regularnie i popadła w chwili wypowiedzenia w zaległość jedynie dwumiesięczną. Nie jest więc wykluczone, że także w przyszłości uzyska pozwana środki materjalne na opłatę komornego ze wsparć dzieci, jak to miało miejsce dawniej i niezapłacenie dwóch rat komornego nie stanowi jeszcze dowodu, aby pozwana popadła w nędzę chroniczną, trwałą, — a tylko jedynie zaleganie z zapłatą tych dwóch rat komornego może być brane pod wzgląd przy rozstrzyganiu sprawy, nie zaś zaleganie z zapłatą rat przypadłych do zapłaty dopiero w toku sporu.

---

14) Posiadanie przez lokatora w tej samej miejscowości drugiego mieszkania stanowi ważną przyczynę wypowiedzenia z art. 11 l. 2 f ust. o ochronie lokat. bez względu na to, czy ono podlega ustawie o ochronie lokatorów, czy też nie.

Orzeczenie I. C. sek. II. S. N. z 8 listopada 1933 C II Rw 1881/33.

Sąd Grodzki w Krakowie (S. Gr. Dr. Małecki) wyrokiem z dnia 6 maja 1932 r. Sygn. III. C. 474/32 **uwzględnił powództwo o wypowiedzenie najmu.**

Sąd Okręgowy w Krakowie (S. S. O. Balon. Danikiewicz i Dr. Pachoński) wyrokiem z dnia 16 grudnia 1932 r. Sygn. III. l. Bc. 1464/32 powyższy wyrok **zatwierdził.**

Z uzasadnienia: Sąd Odwoławczy zgodnie z Sądem I. instancji nie podziela zapatrywania prawnego apelanta. że przepis art. 11. ust. f)

ust. o ochr. lok. stanowi li tylko wówczas ważną przyczynę wypowiedzenia, jeżeli obydwa mieszkania podlegają ustawie o ochr. lok. Z ducha ustawy wynika, że ust. o ochr. lok. ma na celu zapewnienie dachu nad głową. Jeżeli zatem ktoś posiada dwa mieszkania, a nie wykazuje konieczności zatrzymania obydwu mieszkań, to okoliczność, że jedno z mie-mieszkań zajmowane przez lokatora nie jest chronione, nie może usprawiedliwiać rezerwowania sobie mieszkania drugiego, li tylko na ten wypadek, gdyby lokator utracił zajmowane drugie mieszkanie, lub też gdyby stosunki majątkowe tegoż w ten sposób się zmieniły, żeby nie mógł opłacać czynszu wyższego.

Sąd Najwyższy (S. S. N. Hroboni, Dr. Wawrzkowicz i Dobrucki) **rewizji pozwanych nie uwzględnił.**

Z uzasadnienia: Sąd Najwyższy uznaje pogląd prawny sądu odwoławczego za trafny, gdyż cytowany przepis nie zawiera ograniczenia, by oba mieszkania podlegały ustawie o ochronie lokatorów. Istnieje wprawdzie odosobnione orzeczenie Sądu Najwyższego z 29 września 1925 r. Rw. 975/25 przyjmujące takie ograniczenie. Judykatura ówczesna mogła jednak być uzasadnioną tem, że w r. 1925 istniała bardzo wielka rozpiętość wysokości czynszów między mieszkaniami podlegającemi ustawie o ochronie lokatorów a mieszkaniami nie podlegającemi tej ustawie, oraz w tem, że wówczas właściciele nowych budowli żądali przeważnie zapłaty czynszu przynajmniej za pół roku z góry, wobec czego lokator takiego mieszkania w razie jego wypowiedzenia — pozbawiony drugiego mieszkania podlegającego ustawie o ochronie lokatorów — mógłby znaleźć się bez dachu nad głową. Obecnie stosunki mieszkaniowe uległy radykalnej zmianie. Czynsze w nowo zbudowanych domach uległy ogromnej zniżce i niema żadnych trudności w wynajęciu takich mieszkań. Odpadł zatem motyw, którýby uzasadniał utrzymanie w mocy judykatury, która znalazła wyraz w cytowanem orzeczeniu Sądu Najwyższego z r. 1925. Ustawy o ochronie lokatorów wywołane zostały głodem mieszkaniowym, spowodowanym zniszczeniami wojennymi, a mając charakter społeczny i publiczno-prawny, zdążały do zapewnienia stawie, oraz w tem, że wówczas właściciele nowych budowli żądali przepis art. 11 l. 2 f) ustawy o ochronie lokatorów. Tym społecznym celom tej ustawy uchybiałoby uchylenie wypowiedzenia w danym wypadku, w którym pozwanych stać na opłacenie czynszu najmu w kwocie 150 zł. za mieszkanie zajmowane w domu nie podlegającym ustawie o ochronie lokatorów, oraz za drugie mieszkanie sporne, położone w domu podlegającym tej ustawie, które od zwyż trzech lat trzymają zamknięte i nieużywane.

---

15) Żona separowana wyłącznie z własnej winy, nie może domagać się od męża choćby niezbędnego tylko utrzymania.

Orzeczenie I. C. sek. II S. N. z dnia 18 stycznia 1934 C II Rw 3198/33.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z 30 czerwca 1932 r. I. Cg. Je 2196/30, **częściowo uwzględnił powództwo o zapłatę alimentów.**

Z uzasadnienia: Zarzut sprawy prawomocnie osądzonej podniesiony przez pozwanego jest chybiony, albowiem niniejsza sprawa nie jest identyczną ze sprawą XI Cg. Jd. 102/20. Gdy bowiem w sporze XI Cg. Jd. 102/20 toczył się spór między temi samemi stronami o separację, to w niniejszym sporze skarży powódka pozwanego o alimenta — wobec czego wchodzą w grę dwa różne roszczenia. Zresztą w sporze XI Cg. Jd. 102/20 Sąd wydał wyrok zaoczny z tego powodu, że powódka zapóźniła 4-tygodniowy czasokres do wniesienia odpowiedzi na skargę — zatem sąd orzekając w wyroku zaocznym, że zezwala na rozdział małżeństwa z winy powódki, nie badał zupełnie przyczyn skargi.

Sąd Apelacyjny w Krakowie, wyrokiem z dnia 24 lutego 1933 r. II. Bc. 1173/32 **powództwo oddalił.**

Z uzasadnienia: Nie jest bowiem sporne, że prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 lipca 1920 XI Cg. Jd. 102/20 orzeczono rozdział zawartego między stronami małżeństwa z winy powódki. Wyrok ten wiąże obie strony (§ 12 u. c.). Odebranie mu przez Sąd I instancji prawnej doniosłości jest z ustawą sprzeczne i utrzymać się nie może, a polega tylko na przeoczeniu przepisu § 396 pc., wedle którego, czy to niestawiennictwo, czy też niewniesienie odpowiedzi na skargę, powoduj uznanie przytoczonych przez jawiącą się stronę, względnie przez powoda okoliczności faktycznych za prawdziwe.

W tym stanie rzeczy, gdy powódka z pozwanym we wspólności małżeńskiej nie żyje i obowiązków z § 92 u. c. na niej ciążących nie spełnia, nie może domagać się od pozwanego jako swego męża utrzymania, a skoro tak, to powództwu brak jest faktycznej i prawnej podstawy.

Sąd Najwyższy nie uwzględnił rewizji powódki.

Z uzasadnienia: Trafny jest pogląd Sądu Apelacyjnego, że żona, separowana wyłącznie z winy tylko własnej, nie może domagać się od męża choćby niezbędnego tylko utrzymania i że przepis dekretu nadwornego z dnia 4 maja 1841 Nr. 531 Zb. u. s. w takich wypadkach nie może być stosowany. Trafności tego zapatrywania dowodzi przepis końcowego zdania § 796 kod. cyw., według którego małżonek z własnej winy separowany, nie ma prawa do utrzymania ze spuścizny drugiego zmarłego małżonka, podobnie, jak w myśl § 759 ustęp 1 kod. cyw. nie ma też ustawowego prawa dziedziczenia po zmarłym małżonku, ani żadnego prawa do ustawowego zapisu naddziałowego. Prawomocnym wyrokiem z dnia 29 lipca 1920 XI Cg. Jd. 102/20, orzeczono rozdział małżeństwa pomiędzy powódką a pozwanym od stołu i łoża tylko z winy obecnej powódki, a wobec tego wyroku dochodzone obecną skargą roszczenie powódki jest bezzasadne.

---

16) Koszty klauzuli wykonalności przyznaje sąd, nadający klauzulę. Komornik oznacza jedynie te koszty, które powstają przy czynnościach przez niego podjętych.

Orzeczenie Izby Cywilnej S. N. z 24. stycznia 1934, C II R 766/33.

Sąd Apelacyjny we Lwowie, postanowieniem z dnia 11. listopada 1933, I Cg 3/30, **nadał klauzulę wykonalności** wyrokom, którymi zasądzono na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu syndykackiego, **z tem jednak, że koszty klauzuli przyzna komornik lub sąd egzekucyjny.**

Sąd Najwyższy (S. S. N. Grabowski, Wawrzkowicz, Staszewski — Prok. S. N. Hołowczak), po rozpoznaniu zażalenia Skarbu Państwa na postanowienie Sądu Apelacyjnego, **uchylił to postanowienie, o ile niem sąd ten oznaczenie kosztów pozostawił komornikowi**, a zarazem zasądził koszty zażalenia od zobowiązanego na rzecz Skarbu Państwa, jako dalsze koszty egzekucyjne.

Uzasadnienie: Sąd Apelacyjny, uchylając się wbrew wnioskowi Skarbu Państwa od oznaczenia kosztów wniosku o zaopatrzenie wyroków klauzulą wykonalności, nie uzasadnił tej odmowy wbrew wymogowi art. 379 i 525 k. p. c. — Uzasadnienia też tego nie można znaleźć w przepisach ustawy. — Według art. 508 § 2 k. p. c. do komorników należy tylko wykonanie czynności egzekucyjnych. — Oznaczenie zaś kosztów wniosku nie jest żadnem wykonaniem czynności egzekucyjnej. — Do egzekucji dojść nie musi, n. p. w wypadku, kiedy zobowiązany po uzyskaniu przez wierzyciela klauzuli wykonawczej, a przed wszczęciem przez niego egzekucji, należność zapłacił. — Zresztą komornik otrzymuje tylko tytuł wykonawczy, wobec czego nie jest w możności oznaczać tych kosztów. Może on oznaczać i ściągać jedynie te koszty, które powstają przy czynnościach przez niego podjętych. — Za słusz-

nością tego zapatrywania przemawiają też przykłady klauzul egzekucyjnych, wymienionych w § 25 regulaminu w spr. cyw. poz. 941/1932 dz. u.. w których wyraźnie jest wymienione postanowienie o kosztach klauzuli.

Powyższemu zapatrywaniu nie stoją na przeszkodzie przepisy art. 535 § 1 k. p. c. i § 23 cyt. regulaminu, które, wymieniając osnowę klauzuli wykonalności, nie wspominają o kosztach odnośnego wniosku i to odmiennie od przepisu § 25 tego regulaminu i art. 535 § 2 k. p. c., gdyż wobec ogólnych przepisów o kosztach zawartych w art. 109 i 525 k. p. c. w wypadku przewidzianym w § 1 art. 535 k. p. c. dodatek o wymienieniu w osnowie klauzuli wykonalności kosztów wniosku był zbędny, podczas, gdy przy orzeczeniu „innych władz niż sądów powszechnych", zachodziłyby wobec braku wspomnianych ogólnych norm wątpliwości, czy sąd wogóle byłby powołany do oznaczenia kosztów; przepis § 25 powołanego regulaminu ma właśnie na celu usunąć tę wątpliwość.

Przyznanie żalącemu się kosztów zażalenia polega na przepisach art. 101, 109, 523 i 525 k. p. c.

GLOSSA.

I. Sąd apelacyjny odrzucił wniosek o przyznanie kosztów klauzuli, zajmując stanowisko, że do przyznania tych kosztów jest właściwy komornik lub sąd grodzki. (art. 508 § 1, 543 § 2, 236, 525 k. p. c.). Sąd apelacyjny ubrał tę decyzję w słowa „o kosztach rozstrzygnie komornik lub sąd egzekucyjny". Sąd Najwyższy jest zdania, że postanowieniu sądu apel. wogóle brak motywów, wbrew art. 379 k. p. c. Ze względu na to, że w sprawie występowała Prokuratorja Generalna, należało powołać się również na art. 354 § 1 i 378 k. p. c. Wydaje się jednak, że lakonicznej decyzji Sądu apel. nie można traktować, jako zupełnie pozbawionej uzasadnienia w znaczeniu formalnem. gdyż Sąd Apel. dostatecznie jasno wyraził w niej przyczynę odrzucenia wniosku. Postanowienie wykazuje jedynie wadliwość w tym kierunku, że nie powołano w niem przepisów prawnych, na których sąd oparł swą wypowiedź (art. 351, 378, 525 k. p. c.). Ze względu na udział Prokuratorji Generalnej w sprawie postanowienie wymagało motywów, choćby nawet środek odwoławczy przeciw niemu nie służył. — Czy środek taki był dopuszczalny? Według art. 538 § 1 k. p. c. na postanowienie sądu co do nadania klauzuli wykonalności służy zażalenie. Przepis ten nie odróżnia, czy chodzi o klauzulę wykonalności nadaną przez sąd grodzki, sąd okręgowy, czy też sąd apelacyjny. Zażalenie należy zatem uznać za dopuszczalne z uwagi też na art. 37 ustr. sąd. pow.

II. Co do rzeczy samej Sąd apelacyjny nie przeczył, że koszty klauzuli należą się wierzycielowi, uważał jednak, że właściwym do ich ustalenia jest komornik lub sąd egzekucyjny. Sąd Najwyższy wyraził zapatrywanie, że przyznanie kosztów klauzuli nie jest czynnością egzekucyjną (art. 508 § 2 k. p. c.). Można się z tem zgodzić o tyle, że nadanie klauzuli jest czynnością przygotowawczą, niezbędną do tego, by wierzyciel mógł postarać się o wszczęcie egzekucji, nie jest jednak jeszcze czynnością egzekucyjną. (Por. **Stein-Jonas**, Die Z. P. O. für das Deutsche Reich. II, 13. wydanie, str. 390, 381 n. do § 788). Koszty przypadają za ten krok niewątpliwie, na zasadzie art. 523 § 1 k. p. c. (Por. **Foerster-Kann**, Die Z. P. O. für das Deutsche Reich, 3 wyd., 1926, do § 788). Skoro o nadaniu klauzuli orzeka sąd, to ten sam sąd ma również oznaczyć te koszty. Sąd Najwyższy powołuje się w tym związku na § 25 reg. wewn. poz. 941/32. Dz. U. R. P. Zaznaczyć wszakże należy, iż przepis ten dotyczy nietylko wypadku nadania klauzuli orzeczeniu „innych władz niż sądów powszechnych", lecz również wypadku, gdy nadaje się klauzulę orzeczeniu sądu powszechnego (n. p. art. 534 §§ 1 i 2 k. p. c.). Nie wiadomo zresztą, skąd miałyby powstać wątpliwości.

czy sąd, który nadaje klauzulę wykonalności np. orzeczeniu władzy administracyjnej, może również orzec o kosztach. Przecież i w tym wypadku wchodzą w rachubę wyłącznie przepisy k. p. c. (Por. również rozp. Min. Sprawiedliwości z 13. sierpnia 1930, o warunkach i sposobie zastosowania przez władze sądowe przepisów postępow. cyw. do egzekucji należności administr., Dz. U. R. P. Nr. 59, poz. 481 i § 2 i 3 rozp. Rady Ministrów z 23 czerwca 1932, o post. egz. władz skarb., Dz. U. R. P. Nr. 62, poz. 580). Motywy Sądu Najwyższego nie tłumaczą zatem różnicy między §§ 23 a 25 reg. W każdym razie jest rzeczą oczywistą, że wzór postanowienia z § 25 reg. nie może przemawiać przeciw przyznaniu kosztów klauzuli. nadanej bez szczególnego postanowienia z §§ 24 II i 25 I reg. O tem rozstrzyga zresztą nie regulamin, lecz k. p. c.

III. Nasuwa się jeszcze pytanie, czy słuszny jest pogląd, że **wyłącznie** sąd może orzec o kosztach klauzuli. Według omawianego orzeczenia komornik może oznaczać i ściągać jedynie koszty, które powstają przy czynnościach przez niego podjętych. Sąd Najwyższy stwierdza tu przedewszystkiem słusznie, że komornik jest właściwy do oznaczenia kosztów przy czynnościach, które podejmuje. (Por. **Allerhand,** K. p. c. II. str. 37: inaczej **Korzonek,** Post. egz., L. 1934. str. 407). — Według praktyki niemieckiej koszty (m. i. koszty poświadczenia prawomocności oraz wykonalnego wygotowania) ustalał komornik. (§ 788 p. c. niem. o brzmieniu prawie takiem samem, jak art. 523 § 1 k. p. c.). Wierzyciel mógł jednak prosić, by koszty te ustalił pisarz sądowy (§ 104 p. c. niem.). Dla k. p. c. wyłania się zagadnienie, czy jeśli wierzyciel zaniedbał zażądać ustalenia kosztów klauzuli przez sąd, mimo to komornik może je ustalić i przyznać. Z uwagi na przepisy art. 109 § 1, 110 i 523 (a może i art. 543 § 1) k. p. c. wypadnie dać odpowiedź przeczącą.

IV. W razie zastępstwa adwokackiego oznaczy sąd wysokość kosztów wniosku o klauzulę, stosując § 6 rozp. z 1 kwietnia 1933 w sprawie wynagrodzenia adwokatów, Dz. U. R. P. Nr. 24, poz. 201 (Por. **Wusatowski:** Koszty klauzuli wykonalności, Głos Prawa, 1933, str. 552; **Nagler:** Czy i w jakiej wysokości należą się koszty klauzuli wykonalności?, Gł. Pr., 1933, str. 672).

Seweryn Rosmarin.

Z orzecznictwa karnego.

Zarządzenia z art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 1932 r. poz. 450 Dz. U. R. P. o zgromadzeniach, mogą być wydane w myśl art. 108 rozp. Prez. R. P. z dnia 19 stycznia 1928 r. poz. 86 Dz. Ust. na podstawie ogólnych uprawnień władz administracji ogólnej, a nie tych uprawnień, które wynikają z ustawy o zgromadzeniach i są zaopatrzone sankcją z art. 25, a mogą być stosowane li tylko do zgromadzeń, nie wymienionych w pkt. b) c) i d) art. 27 powołanej ustawy.

Wyrok Sądu Najw. z 7 grudnia 1933 — 2 K 1059/33.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu **kasacji Prokuratora Sądu Okręgowego w C.,** założonej od wyroku tegoż Sądu z dnia 18 września 1933 w sprawie Włodzimierza K., osk. z art. 7 i 27 ustawy z dnia 11 marca 1932, p. 450 Dz. U. na mocy art. 529 kpk. **kasację** Prokuratora Sądu Okręgowego w C. **oddalił.**

Z uzasadnienia: Kasacja zarzuca obrazę art. 2, 7 i 27 ustawy z dnia 11 marca 1932 p. 450 o zgromadzeniach przez wydanie wyroku uniewinniającego, pomimo istnienia w czynie oskarżonego znamion przestępstwa, albowiem zdaniem kasacji. pochód religijny, jaki urządził oskarżony „do 3 krzyży", odbył się po raz pierwszy, a więc nie był tradycyjnie ustalony, i jako taki, podpada pod art. 2 ust. 2 i art. 7 ustawy z dnia 11 marca 1932 r. p. 450. Niezastosowanie się do przepisu art. 7 jest przekro-

czeniem z art. 25 powołanej ustawy, gdyby zaś uznać, że pochód religijny urządzony przez oskarżonego, korzystał z ochrony art. 27 pkt. b), to niezastosowanie się do zarządzenia władzy, zabraniającego urządzenia takiego pochodu, niezależnie od tego, czy było to zarządzenie uzasadnione stanowi przekroczenie z art. 25 ustęp przedostatni powołanej ustawy.

Z wyraźnego brzmienia art. 27 ustawy z dnia 11 marca 1932 p. 450 wynika, że przepisy tej ustawy, a więc i art. 25, nie mają zastosowania do pochodów, wyszczególnionych w pkt. b) art. 27 powołanej ustawy. Zarządzenia zaś, o których jest mowa w ust. 2 art. 27 tej ustawy, mogą być wydane na podstawie ogólnych uprawnień w myśl art. 108 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 stycznia 1928 p. 86 władz administracji ogólnej w związku z ciążącym na nich obowiązkiem ochrony bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego, a nie tych uprawnień, które wynikają z ustawy z dnia 11 marca 1932 p. 450 i są zaopatrzone sankcją karną z art. 25, a mogą być stosowane, jak to wynika z ust. 1 art. 27 tej ustawy, li tylko do zgromadzeń, niewymienionych w pkt. b), c) i d) tego artykułu.

4) Nieumieszczenie w liście przysięgłych wezwanych na roki danych, dotyczących ich zawodów i miejsc zamieszkania, nie uchybia przepisom k. p. k.

Wyrok z dnia 16 stycznia 1934 — 2 K 1181/33.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu kasacyj Lejzora R. i tow., oskarżonych z art. 97 k. k., założonych od wyroku Sądu Okręgowego w Z. z dnia 11 października 1933 r., na mocy art. 529 i 598 kpk. **kasację oskarżonych oddalił.**

Z uzasadnienia: K. p. k., w szczególności przepis art. 400 k. p. k. nie zawiera postanowienia co do brzmienia listy przysięgłych wezwanych na roki, w szczególności co do umieszczenia danych, odnoszących się do ich zawodów i miejsc zamieszkania. Z samego zatem przepisu proceduralnego nie wynika, jakoby nieumieszczenie tych danych było wogóle jakiemkolwiek uchybieniem. Jeśli chodzi o inne przepisy, odnoszące się do układania list przysięgłych, to tylko przepis art. 218 § 2 u. s. p. przewiduje, że zarządy gmin, układające listy pierwotne, mają prócz imienia i nazwiska zamieszczać w liście miejsce zamieszkania, wiek, zajęcie i stopień wykształcenia. Te jednak dane mają znaczenie dla układania list rocznych, na które wciąga się w sposób, przewidziany w art. 223 u. s. p. z list pierwotnych osoby, „które ze względu na nieskazitelny charakter i doświadczenie życiowe są szczególnie uzdolnione do sprawowania obowiązków przysięgłych, a z pośród tych osób przedewszystkiem osoby, posiadające wyższy stopień wykształcenia" (art. 224 u. s. p.). Do ułożenia zatem list rocznych wymagane są te dane, które zawarte być mają (art. 218 § 2 u. s. p.) w listach pierwotnych. W dalszym ciągu t. j. do ułożenia list przed rozpoczęciem każdych roków (art. 227 u. s. p.), a następnie do utworzenia ławy (art. 409 kpk.), wszelkie te dane są zbędne, wobec już ustalonych w sposób ustawowy warunków osobistych każdego z przysięgłych. Interesowanym stronom służy prawo wyłączenia, czy to na zasadzie przepisu art. 41 kpk., czy też bez podania motywów (art. 413 kpk.) przysięgłych, lecz z natury rzeczy wynika, że dane do takiego wyłączenia powinny być czerpane z własnych informacyj, a nie z samej listy, która zresztą, nawet mieszcząc w sobie określenia zawodu i miejsca zamieszkania poszczególnych przysięgłych, sama przez się nie dostarcza żadnych realnych momentów, któreby mogły stać się podstawą niechybnej decyzji strony, co do wyłączenia któregoś z przysięgłych, lub też pozostawienia go w ławie. Odmówienie zatem wnioskowi oskarżonych o odroczenie rozprawy było prawnie uzasadnione.

Z wydawnictw nadesłanych.

— **Dr. Korzonek: Postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające. Część druga k. p. c.** — Kraków, 1934. **Leon Frommer.** W 2 tomach, str. XIX i 1590, formatu małej XVI.

Jest to drugi z rzędu, po dziele prof. Allerhanda, komentarz do drugiej części k. p. c. Komentarz jest obszerny i opracowany starannie. Oprócz szczegółowych objaśnień do każdego artykułu, poprzedzonych częstokroć wyimkami z ogólnego uzasadnienia projektu Komisji Kodyf. ustawy o sąd. post. egz., znajdujemy na wstępie poszczególnych rozdziałów Kodeksu nader pożyteczne, bo syntetyczne przedstawienie przewodnich zasad odnośnej dziedziny postępowania egzekucyjnego. Podnieść też należy z uznaniem mnogość przytoczonych w nim przepisów związkowych. Autor podaje je naogół wyczerpująco; przy art. IV. przepisów wprow. brak jednak wzmianki o art. 11 rozp. Prez. o monopolu spirytusowym (poz. 586/1932 Dz. U. R. P.) i § 46 rozp. wykon. Min. Skarbu (poz. 746/1932). Są to postanowienia praktycznie ważne. Przy art. VII. wprow. podaje Autor rozp. Rady Ministrów z 25. VI. 1932 o post. egz. władz skarbowych (Dz. U. R. P. Nr. 62, poz. 580), w brzmieniu bez nowel. Widziałoby się też chętnie objaśnienia do niektórych przepisów związkowych, n. p. do egzekucji bankowej i skarbowej (szczeg. §§ 3, 38, 99, 119 nast.). Do art. XVII. wprow. podano rozważania o hipotece sądowej, zgodne ze znanym okólnikiem Min. Sprawiedl., który Autor przedrukował. Do kosztów uzyskania hipoteki stosują się, zdaniem autora, przepisy prawa hipotecznego. Pominięto zagadnienie ustanowienia prawa zastawu na podstawie tytułu wykonawczego na nieruchomości, nie mającej urządzonej hipoteki. Praktyka małopolska radzi sobie, stosując rozp. Min. Sprawiedl. z 26. III. 1916, Dzpp. Nr. 87. Nie można zgodzić się z zapatrywaniem, wypowiedzianem na str. 220 (do art. XLI. wprow.) i na str. 249, jakoby austr. dekrety nadworne z 18. IX. 1786, Z. U. S. Nr. 577 lit. c., z 24. X. 1806, Z. U. S. Nr. 789 i z 11. IV. 1848, Z. U. S. Nr. 1134 były obecnie w mocy. Zostały one zawieszone, § 128 (2) egz. skarb. (Tak słusznie Horszowski i Galster, Post. egz. władz skarbowych, 1932, str. 72; inaczej Hillbricht, Polski Proces cywilny Nr. 5/1934). W miejsce tych zawieszonych przepisów wchodzą postanowienia § 120 (2) egz. skarb., przyczem sąd musi uwzględnić rekwizycję władzy skarbowej, bez badania, czy zachodzą wymogi tymczasowego zarządzenia z k. p. c. — Do art. LXII niema wzmianki o wykładni przepisów o właściwości funkcyjnej dla rekursu rewizyjnego reprezentowanej w mylnej zd. m. judykaturze Sądu Najwyższego. (Por. ostatnio O. S. P. XIII. poz. 24 i uw.). Na str. 366 słusznie podnosi Autor, że od orzeczenia sądu apel. w przedmiocie klauzuli wykonalności służy zażalenie do Sądu Najwyższego. Potwierdziło to ostatnio orzeczenie Sądu Najw. — Ważny problem porusza Autor na str. 386 (do art. 518), jednakże rozwiązanie nie wydaje się trafnem. Według autora — „w sprawach przekazanych komornikowi, sąd jest organem nadzorczym", zatem czynność sądu dokonana w zakresie, przekazanym przez k. p. c. komornikowi, jest ważną. Problem ważności aktów państwowych od czasu badań Bernatzika („Rechtssprechung und materielle Rechtskraft" 1886) nie przestaje interesować literatury prawa administracyjnego i procesowego. (Por. Kormann, „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte", 1910, oryginalny artykuł Kelsena, „Ueber Staatsunrecht", w czasop. Gruenhuta 1914, Hippel. „Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts", 1924. Andersena, „Ungültige Verwaltungsakte", 1927 — w zakresie zaś prawa egzekucyjnego w szczeg.

Schwinge. „Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht“, 1930). Rozwiązania otóż mogą być różne, trzeba jednak zważyć, że sama funkcja nadzorcza raczej przemawia przeciw możności dopełnienia czynności czynnika nadzorowanego, gdyż prowadzi to do usunięcia jednej instancji. Nie wydaje się również, by interpretacja teleologiczna (jak Hippel) i potrzeby praktyczne przemawiały za autorem. Autor ma też przeciw sobie praktykę i literaturę niemiecką, która przyjmuje nieważność aktu egzekucyjnego, w razie braku właściwości funkcyjnej, bez względu na to, czy chodzi o właściwość sądu, czy też komornika (Por. Förster-Kann, Die Z. P. O. für das Deutsche Reich. II. 1926, str. 407 i W. A. Müller. Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts, 1907, str. 125 n.). Stanowisko autora może doprowadzić do powikłań, które w praktyce można już stwierdzić n. p. przy stosowaniu art. 851 p. 4.

Do art. 523. (str. 399) zaznaczyć należy, że zaliczenie postępowania rozdziałowego do postępowania niespornego i w ślad zatem odmówienie kosztów jest pogłosem praktyki austrjackiej. Wydaje się to jednak sprzecznem m. i. z § 18. rozp. z 1. IV. 1933, w sprawie wynagrodzenia adwokatów (poz. 201), który przewiduje honorarjum za czynności, związane z podziałem sumy uzyskanej z egzekucji, prowadzonej według przepisów o egzekucji z nieruchomości i przez zarząd przymusowy. Niema powodu, aby inaczej traktować koszty rozdziału według art. 794 i nast. kpc. (§ 6 rozp.). — Zapatrywanie, jakoby komornik nie mógł przyznać kosztów, a należało to zawsze do sądu, nie da się pogodzić z art. 523 § 1. — § 28 instr. dla komorników nie ma związku z problemem dopuszczalności orzeczenia o kosztach, przepis ten ma tylko ułatwić rozdział z uwagi na art. 796 § 1 i 800 § 1 p. 1. — Przy art. 554 (str. 583) należało wspomnieć o przepisach, dotyczących zastawu rejestrowego. — Do art. 566 § 1 l. 2. zaznacza autor, iż jeżeli dłużnik nie może dołączyć do pozwu dokumentów — niema warunków powództwa z tego przepisu. Dłużnik mógłby jednak, zdaniem autora, wytoczyć powództwo o ustalenie, że zobowiązanie objęte tytułem egzekucyjnym zgasło lub nie może być egzekwowane. Trudno dopatrzyć się różnicy praktycznej między tem powództwem, a powództwem opozycyjnem, które autor wyklucza. Podnieść wypada dobre zestawienie tez orzecznictwa do art. 566 § 3 kpc. Brak jednak najważniejszego orzeczenia Sądu Najw. z ostatnich czasów (O. P. A. poz. 231/1933). Stanowisko autora, jakoby osoba trzecia, która odpowiada na zasadzie prawa materjalnego za egzekwowaną należność mogła skutecznie wytoczyć powództwo z art. 567 kpc. bywa broniona w literaturze (Förster-Kann, osc. II. 568), nie wydaje się jednak praktycznem. Uniemożliwiłyby one ekscepcje oparte na objęciu przedsiębiorstwa lub zaskarżeniu czynności dłużnika. — Orzeczenie, przytoczone na str. 643 u góry nie w całości jest aktualne (art. 597). Jest ono zresztą chybione, o ile pozwala, by pozwany wierzyciel egzekwujący powołał się na dobrą wiarę (§ 371 u. c. — patrz O. S. P. XI. poz. 31). — Podatku przemysłowego dotyczy orzeczenie Sądu Najw. O. S. P. XI. poz. 178, wydane w składzie siedmiu sędziów, które odebrało bezpośrednią aktualność orzeczeniom przytoczonym przez autora. Autor nie zajmuje się zagadnieniem, czy przywilej Skarbu Państwa rozciąga się również na wierzytelności „należące do przedsiębiorstwa“. Sąd Najw. odpowiada na to w ostatnim czasie twierdząco. — Słuszne są uwagi autora, że prekluzja zarzutów z art. 568 odejmuje także możność wytoczenia nowego pozwu. — Dla rozszerzenia pojęcia „czynności, skierowanych przeciw osobie dłużnika“, o których mowa w art. 569, na przeszukanie ubrania, żądanie od dłużnika, by złożył przysięgę wyjawienia i t. p., nie podaje Autor dostatecznych przyczyn. —

Opinja Min. Sprawiedl. z § 3 tego art. nie może, wbrew zdaniu Autora, mieć znaczenia wiążącego dla sądu. Byłoby to sprzeczne z pojęciem opinji. Słuszne wydaje się stanowisko (str. 681), że pod przepis art. 575 § 1 nie podpadają wynagrodzenia robotników i pracowników, które nie mają charakteru świadczeń powtarzających się. — Autor nie zajmuje się sprawą zastosowania ograniczeń egzekucyjnych do odpraw, wypłaconych jako wielokrotność uposażenia miesięcznego. Sprawa jest sporna; w Republice austr. załatwiła ją nowela do o. e. — Twierdzenie, że zarządca masy upadłościowej wykluczony jest od przetargu ruchomości należącej do masy „bo zastępuje on dłużnika" (str. 769) musi oczywiście budzić wątpliwości w wypadku, jeśli zarządca działa w imieniu własnem (Por. n. p. Bartsch-Pollak, K. O. I. 1916, str. 517 n.). Interpretacja art. 611 w tym kierunku, że sam udział osób wykluczonych od przetargu uzasadnia skargę, mimo, że żadnej z nich nie udzielono przybicia, mija się z celem przepisu. Twierdzenie, że wierzyciel egzekwujący, który otrzymał zaspokojenie z majątku, który następnie okazał się własnością osoby trzeciej, jest obowiązany do odszkodowania tej osoby w stosunku do sumy otrzymanej ze sprzedaży — wydaje się może zbyt lakonicznem, jak na trudne zagadnienie. (Zob. Kurzer: „Aberratio" w post. egzek. Głos Prawa, Nr. 4, 5, 7—8/1933; Bartz: Egzekucja z majątku niedłużnika, Głos Prawa, Nr. 9 i 10/1933 i replika Kurzera tamże Nr. 1/1934). — Na str. 803 wywodzi Autor, iż sąd nie uwzględni wniosku o odebranie przysięgi wyjawienia, gdy jest pewnem, że dłużnik nie posiada żadnego majątku, a wniosek wierzyciela jest tylko szykaną. Jednakże dopiero przysięga może upewnić wierzyciela, co do majątku dłużnika, a to także nie zawsze. — Do str. 844 należy zaznaczyć, iż dotąd przyjmowano w literaturze, że poddłużnikowi nie można doręczyć zawiadomienia o zajęciu do rąk kuratora, lub przez publiczne obwieszczenie (Por. n. p. ostatnio Pollak, Z. P. O. III. 1932, str. 930 i uw. 97; za autorem: Gl. U. N. F. 1646). Poddłużnik mógłby przecie mimoto świadczyć do rąk dłużnika, nie mając wiadomości o doręczeniu. Przy art. 635 nie poruszono problemu, czy zajęcie wierzytelności tam wymienionej przed ukończeniem dostawy lub roboty jest wogóle pozbawione skutku, czy też ma skutek tylko odnośnie tego, co przypaść ma dłużnikowi po ukończeniu dostawy. — Słuszny jest pogląd Autora, że zaświadczenie komornika z art. 637 § 2 ma jedynie znaczenie dowodowe (str. 861). — W rozdziale o egzekucji z wierzytelności i praw uderza pominięcie egzekucji z przedsiębiorstwa (Por. Allerhand, K. P. C., II., str. 297). — Wykładnia art. 663 § 2 (str. 932) sprzeczna jest z tekstem kodeksu. Trudno zgodzić się z wykładnią art. 779 tej treści, że sąd egzekucyjny nie może uznać pozycyj rachunku zarządcy przymusowego za nieusprawiedliwione, konieczny jest natomiast proces wierzyciela z zarządcą lub odwrotnie. Ta zbyt dosłowna interpretacja w zasadniczej sprawie nie wydaje się celową; nie wiadomo, poco postępowanie procesowe, skoro egzekucyjne zupełnie wystarczy i toczy się przed sądem, obznajomionym z całym zarządem. — Do str. 1217: podatek od lokali nie przypada „z nieruchomości". Do str. 1244: powództwo z art. 792 § 4 nie jest „powództwem o ustalenie nieistnienia zaprzeczonego prawa", lecz powództwem o ukształtowanie prawa **(Schrutka).** Słuszny jest pogląd, że wierzytelności, wymienione w art. 800 § 4, zaspokojone będą w kategorji „innych wierzytelności" z art. 800 § 1 p. 7, nie zaś dopiero po tej kategorji.

Autor w bardzo wielu miejscach polemizuje z komentarzem prof. Allerhanda, który to komentarz nazywa zresztą sam, w przedmowie, dziełem cennem. Czytelnik wynosi z tych starć polemicznych znajomość niektórych poglądów pierwszego komentatora polskiego prawa egzekucyjnego. Ogólnie zaznaczyć należy, że o ile Autor zarzuca prof. Allerhandowi odstępstwo od brzmienia kpc., zapoznaje, że chodzi tu o

świadome kształtowanie opornego paragrafu, któremu dopiero wykładnia i praktyka musi dać szlif życiowy. Odnosi się to n. p. do stanowiska prof. Allerhanda w przedmiocie dokumentów w 1-szej i 2-giej części kpc. i obok wielu innych, do uwag na str. 979, 1136, 1174,

W niniejszem omówieniu z konieczności na plan pierwszy wysunęła się rozbieżność poglądów. Uznać jednak należy, że komentarz p. Dra Korzonka zawiera bardzo wiele uwag cennych, bo objaśniających przepisy w sposób nader przejrzysty i praktyczny. Wielka jasność wywodów prawnych komentarza ułatwi jego użytek także zainteresowanym osobom, nie mającym wykształcenia prawniczego.

Praktyka już obecnie często a słusznie sięga do tego komentarza; trzeba jednak przy całem uznaniu dla dużej pracy Autora, zachować pewien krytycyzm niektórych jego poglądów.

Seweryn Rosmarin.

— Doc. Dr. Tadeusz Bigo: Z ustrojowych zagadnień samorządu. — Wydawnictwa Instytutu Administracyjnego Wydziału Prawa U. J. K. Nr. 1. — Lwów, 1933.

W dalszym ciągu swych studjów nad samorządem (podstawowe: Związki Publiczno-Prawne, 1928; Przegląd Prawa i Adm. 1932, I., 104 n.), zajmuje się autor w nin. rozprawie stosunkiem Rozp. Prez. o organizacji itd. władz administracji ogólnej (poz. 86/28) i Rozp. Prez. o postępowaniu admin. (poz. 341/28) do ustaw samorządowych. Autor wychodzi z dwu zasadniczych przesłanek, wydobytych z odnośnych przepisów, tzn. 1) z zasady „liberalizmu samorządowego", przestrzeganej przy udzieleniu pełnomocnictw ustawą z 2. VIII. 1926 i 2) zasady bezpieczeństwa prawnego jednostek w kodyfikacji postępowania administracyjnego. Opierając się na tych założeniach omawia autor zagadnienie zakresu działania, organizacji terytorjalnej i (b. szczegółowo) nadzoru nad samorządem. Uwagi o ew. sprzeczności Rozporządzeń Prezydenta z ustawą o pełnomocnictwach, mogą mieć znaczenie ze względu na stanowisko NTA., dopuszczające badanie przez NTA ważności tych rozporządzeń (wyr. z 8. VI. 1928, L. R. 1372/27, O. S. P. VIII. 475). Słusznie podkreśla autor, że art. 31 ust. 4 Rozp. o wł. adm. og., pozwalający na zmianę decyzyj władz niższych przez wojewodę w „interesie dobra publicznego" uchylony został przez Rozp. o post. adm., należycie gwarantujące prawa stron. Zagadką pozostaje zresztą, skąd się wziął — tuż przed kodyfikacją postępowania administracyjnego — ów art. 31 ust. 4, będący nawrotem do państwa policyjnego i sprzeczny ze stałą judykaturą austrj. i polskiego NTA. — Autor kwestjonuje też, ze względu na wolność samorządu, zastosowanie art. 99 post. adm., dewolucji, pełnego odwołania oraz postanowień o iudicium rescissorium w sprawach samorządu. Rozprawa, dotycząca tematów de lege lata zupełnie nieopracowanych, aktualna zwłaszcza wobec wejścia w życie ustawy z 23. III. 1933 Nr. 35 poz. 294, jest wzorowym przykładem interpretacji przepisów prawa nie wedle argumentów dowolnych, lecz na podstawie zasadniczych przesłanek systemu. **St. R.**